Die Kompetenz der Bernischen Gemeinden

zur

Aufstellung von Bauordnungen und Alignementsplänen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor juris utriusque
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Max Hofmann, Fürsprecher

von

Sutz-Lattrigen (Bern)

1 · 9 · 2 · 9

A. OELSCHLÄGER'SCHE BUCHDRUCKEREI-CALW

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Kapitel:

Die Kompetenz der bernischen Gemeinden zum Erlaß baupolizeilicher Vorschriften.

§ 2. Die Quellen des geltenden Baupolizeirechts 17
§ 3. Die Kompetenzen der bernischen Gemeinden auf Grund des Alignementsgesetzes 27

II. Kapitel:

Die verfassungsmäßigen Grenzen der Gemeindebauordnungen.

§ 4. Allgemeines 38

I. Unterabschnitt:

Bauordnung und Eigentumsgarantie.

§ 5. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums . . 42
§ 6. Die Verfassungsmäßigkeit der Bauordnungen der bernischen Gemeinden 59
§ 7. Die Entschädigungsansprüche wegen polizeilichen Einschränkungen des Eigentums 66
§ 8. Die Ablösung von Servituten im Dienste der bern. Baupolizei 90

II. Unterabschnitt:

§ 9. Bauordnung und Handels- und Gewerbefreiheit 97

III. Unterabschnitt:

§ 10. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit und die Bauklassen . . 103

IV. Unterabschnitt:

Spezielle Fragen.

§ 11. Eisenbahnen und Gemeindebauordnungen 107
§ 12. Die Regelung der Rechtsverhältnisse an Scheidemauern durch die Baureglemente 120
Literaturverzeichnis 124

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544712_0051

§ 1.

Einleitung.

I. Grundeigentum und Baufreiheit:

1. Der Satz, daß Eigentum die vollständige und ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache sei, gilt im Prinzip sowohl für bewegliche Sachen, als auch für Grundstücke. Eine wirklich vollständige Herrschaft ist aber nur an der beweglichen Sache möglich, weil hier eine isolierende Betrachtungsweise angeht. Eine bewegliche Sache kann nur in ihrem Verhältnis zum Eigentümer betrachtet werden, weil sie meist die Rechtssphäre Dritter nicht berührt. Trotzdem hat das Eigentumsrecht auch bei Fahrnis nicht die Bedeutung einer schrankenlosen Verfügungsfreiheit. (Seuchenpolizei, Feuerpolizei.) Weit einschneidender und zahlreicher sind allerdings die Eigentumsschranken an Liegenschaften. Hier ist die gegenseitige Einwirkung der Eigentumsobjekte eine physikalische Notwendigkeit, weil die Grundstücke in einem natürlichen, unzertrennlichen Zusammenhang stehen. Mag das Grundstück noch so genau abgegrenzt sein, so bleibt es doch immer ein Bruchstück eines größeren Ganzen und steht mit der Nachbarschaft in engem Zusammenhang. Einwirkungen eines Grundstückes durch Rauch, Ruß, Dünste, Erschütterung und Lärm auf andere Grundstücke ergeben sich aus mancherlei menschlicher Tätigkeit.

Die Verschiedenheit der beiden Arten von Objekten, Grundstücke und Fahrnis, verlangt auch eine verschiedene rechtliche Behandlung. Während in der Regel die von landwirtschaftlichen Grundstücken ausgehenden gegenseitigen

Einwirkungen infolge der weiträumigen Besiedelung nur gering sind, gilt das Gegenteil in den Städten. Dort im besondern kann die Rechtsordnung keine maßlose Beherrschung und Ausnützung von Grund und Boden durch den Eigentümer zulassen, sondern sie gibt ihm nur diejenigen Befugnisse, welche mit den Interessen der engern und weitern Nachbarschaft vereinbar sind. Bei der Ausnützung des Eigentumsrechts an Grundstücken muß ein Maßstab angelegt werden, der nicht nur der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Betätigung des Eigentumsrechts Rechnung trägt, sondern auch die Erfordernisse des gesellschaftlichen Zusammenlebens berücksichtigt. Zwischen den Interessen des Einzelnen und der Gesamtheit muß ein Ausgleich geschaffen werden. Die Benutzung von Grund und Boden bringt daher nicht nur Rechte mit sich, sondern legt dem Grundeigentümer auch Pflichten auf.

2. Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach unten und oben, auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentumsrechts ein Interesse besteht[1]). Daraus ergibt sich die wichtigste Befugnis, welche aus dem Grundeigentum fließt, das Recht, auf seinem Grund und Boden bauliche Anlagen errichten zu dürfen. Die Berechtigung des Eigentümers, sein Grundstück zur Errichtung von Gebäuden zu benutzen, wird als Baufreiheit oder als Baurecht im subjektiven Sinn bezeichnet. Diese Befugnis, als Ausfluß des Eigentums, erstreckt sich aber nicht weiter als das Eigentum selbst, unterliegt daher mannigfachen Beschränkungen.

II. Die gesetzlichen Baubeschränkungen:

Die Schranken, welche der Baufreiheit auferlegt werden, gehören teils dem öffentlichen Recht, teils dem Privatrecht an.

1. Die gesetzlichen Baubeschränkungen privatrechtlicher Natur bilden einen Teil des sogenannten Nachbarrechts, wel-

---

[1]) Art. 667 Z. G. B.

ches von den Beschränkungen des Grundeigentums zu Gunsten der benachbarten Grundstücke handelt. Das Nachbarrecht besteht zu Gunsten der Nachbarn, doch sind darunter nicht nur die eigentlichen Anstößer zu verstehen, sondern auch die Besitzer von Grundstücken, die zueinander in irgendwelchen natürlichen Beziehungen stehen. Der Kreis der Nachbarn ist daher um so umfangreicher, je größer im täglichen Leben die Möglichkeit besteht, in fremdes Grundeigentum einzuwirken. Der Grundgedanke der nachbarrechtlichen Bestimmungen besteht darin, daß infolge des innern Zusammenhanges von Grund und Boden und des Zusammenlebens der Menschen bei der Ausnutzung und Bewirtschaftung desselben, von selbst eine Art Gemeinschaft gegeben ist, welche eine Ausnutzung der eigenen Interessen durch den Eigentümer ohne Rücksicht auf diejenigen der Nachbarn nicht zuläßt, sondern einen den wirtschaftlichen Bedürfnissen und der Billigkeit entsprechenden Ausgleich der verschiedenen Interessen verlangt.

Die privatrechtlichen Baubeschränkungen sind im Schweiz. Zivilgesetzbuch und den kantonalen Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch zu finden. Die lokalen Verhältnisse spielen beim Nachbarrecht aber eine so große Rolle, daß der schweiz. Zivilgesetzgeber sich mit der Aufstellung einiger weniger Normen begnügen mußte. Dafür finden wir in den kantonalen Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch eine mehr oder weniger große Zahl von nachbarrechtlichen Bestimmungen baurechtlichen Inhalts, z. B. über Gebäudeabstände, über die Benutzung gemeinschaftlicher Scheidemauern, Regeln über das Betreten des Nachbargrundstücks bei der Erstellung oder Reparatur von Bauten, Beschränkungen in bezug auf Licht und Luft usw. Privatrechtliches Baurecht finden wir aber nicht nur in den genannten Gesetzen, sondern auch in den öffentlichrechtlichen Baugesetzen der Kantone und den Baureglementen der Gemeinden, von denen viele den nachbarrechtlichen Baubeschränkungen besondere

Abschnitte widmen. Alle diese privatrechtlichen Baubeschränkungen bilden einen Teil des Nachbarrechts.

2. Im Gegensatz zu den privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse begründet und dienen dem Schutze des allgemeinen Wohls. Die öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen, ein Teil des Baupolizeirechts, regeln daher die private Bautätigkeit unter Berücksichtigung des öffentlichen Wohls. Die Baupolizei wirkt auf die Gestaltung der baulichen Anlagen in der Hinsicht ein, daß dadurch die allgemeine Sicherheit und die öffentlichen Interessen nicht beeinträchtigt werden. Das Nachbarrecht, welches für die ländlichen Verhältnisse genügen mag, bedarf für die Städte der Ergänzung durch das öffentliche Recht, weil hier neben den Interessen der Nachbarn in besonderem Maß die öffentlichen Interessen in Frage stehen. Das Baupolizeirecht, welches Vorschriften im Interesse der Feuersicherheit, der Gesundheit, des Verkehrs und der Ästhetik enthält, schützt die Interessen der Gesamtheit und damit auch diejenigen der Nachbarn, in Ergänzung und Verstärkung der nachbarrechtlichen Bestimmungen.

Die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, unter denen die öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen den wichtigsten und umfangreichsten Platz einnehmen, sind ein Ausfluß der Sachpolizei, d. h. der verwaltungsrechtlichen Aufsicht über die Gegenstände des Privatrechts. Die hauptsächlichste Quelle des Baupolizeirechts bilden die kantonalen Baugesetze und lokalen Verordnungen und Reglemente über das Bauwesen[2]).

3. Das Baupolizeirecht ist eng mit andern Gebieten des Verwaltungsrechts verbunden, beispielsweise mit der Gesundheitspolizei, der Feuerpolizei und der Verkehrspolizei. Die

---

[2]) Über die Konflikte, welche zwischen dem Zivilrecht des Bundes und dem öffentlichen Recht der Kantone und Gemeinden entstehen, vergleiche: Vetter: Die Beziehungen zwischen Bundeszivilrecht und kant. öffentlichen Recht. Diss. Zürich 1922.

Grenze zwischen diesen Verwaltungsgebieten läßt sich nur schwer ziehen. Die Frage, welchem Gebiet der polizeilichen Tätigkeit eine Vorschrift zu unterstellen sei, ob der Feuer-, Bau- oder Gesundheitspolizei, entscheidet sich nicht schlechthin nach dem Motiv, welches bei der Aufstellung der betreffenden Vorschrift wegleitend war. Eine rein baupolizeiliche Vorschrift kann sehr wohl aus überwiegend gesundheitlichen Motiven aufgestellt worden sein. Anderseits ist nicht jede in das Bauwesen einschlagende Vorschrift ausschließlich baupolizeilicher Natur.

Von größerer praktischer Bedeutung ist die Abgrenzung des Baupolizeirechts gegenüber dem Privatrecht. Daß es eine bestimmte Grenzlinie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht nicht gibt, daß die Grenze zwischen diesen beiden Rechtsgebieten keineswegs von vornherein unabänderlich gegeben ist, geht aus den überaus zahlreichen Theorien über dieses Problem hervor[3]).

Da eine große Zahl öffentlichrechtlicher Rechtssätze nicht nur dem öffentlichen Wohl, sondern auch den privaten Interessen dienen, so kann das Unterscheidungskriterium nicht darin gefunden werden, wem die Befolgung eines Rechtssatzes zugute kommt, wer daraus Nutzen zieht, der Einzelne oder die Gesamtheit. Die Unterscheidung richtet sich vielmehr darnach, wen der Gesetzgeber bei der Aufstellung einer Vorschrift unmittelbar berechtigen wollte, ob Staat oder Privatperson, und ob der Staat als Träger obrigkeitlicher Macht oder als ein in Rechten und Pflichten dem Bürger nebengeordnetes Wesen gegenüber tritt. Im allgemeinen ist daher eine Baubeschränkung dann eine öffentlichrechtliche, wenn unmittelbar Interessen des Staates oder einer Gemeinde geschützt werden sollen, wenn Zweck der Norm ist, die Allgemeinheit direkt vor schädlichen Wirkungen zu bewahren, die aus der

---

[3]) Vergleiche die Zusammenstellung der Theorien bei Holliger: Kriterium des Gegensatzes zwischen öff. Recht und Privatrecht. Diss. Zürich 1904.

Veränderung eines Grundstücks entstehen könnten. Privatrechtlicher Natur ist eine Baubeschränkung dann, wenn unmittelbares Zwecksubjekt die Nachbarn sind. Es ist daher möglich, daß eine Baubeschränkung, ein Rechtssatz überhaupt, sowohl öffentlichrechtlicher, als auch privatrechtlicher Natur sein kann, nämlich dann, wenn er unmittelbar zu Gunsten der Allgemeinheit als auch der Einzelnen gewollt ist, wenn der Gesetzgeber das öffentliche Interesse und dasjenige des Einzelnen, speziell des Grundstücknachbarn, primär und direkt hat schützen wollen[4]).

Die Unterscheidung zwischen gesetzlichen Baubeschränkungen privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Natur ist von großer praktischer Bedeutung und zwar in folgender Hinsicht: a) Die öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen sind Ordnungen des Staates, bei denen es sich um Interessen des Staates und der Öffentlichkeit handelt. Daraus ergibt sich, daß die öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen des Baupolizeirechts durch Parteivereinbarung nicht abgeändert werden können, sondern zwingender Natur sind[5]). Die nachbarrechtlichen Baubeschränkungen dagegen begründen subjektive Privatrechte, worauf die Berechtigten verzichten können. Daher können diese Baubeschränkungen durch Parteivereinbarung abgeändert werden. b) Für Streitigkeiten über privatrechtliche Baubeschränkungen sind die Zivilgerichte zuständig, für solche des Baupolizeirechts dagegen die Verwaltungsbehörden. Diese Kompetenzausscheidung wird aber in der Praxis oft nicht streng durchgeführt. c) Der Unterschied zwischen öffentlich- und privatrechtlichen Baubeschränkungen ist ferner von Bedeutung für die Klagelegitimation, für den Rechtsschutz überhaupt. Bei den öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen hat der Einzelne kein subjektives Recht gegenüber seinem Nachbarn, wonach er die Einhaltung der

---

[4]) Müller und Fehr: Das Baupolizeirecht in der Schweiz: S. 13 Maag: Das moderne Baurecht: S. 16.

[5]) Art. 680 Abs. 3 Z. G. B.

Eigentumsbeschränkung verlangen könnte. Das öffentliche Recht vermag nach allgemeinen Grundsätzen kein solches zu begründen, es schafft nicht Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Grundeigentümern, sondern zwischen dem einzelnen Rechtssubjekt einerseits und der Öffentlichkeit, dem Staat, andererseits. Das Interesse, welches der Einzelne an der Einhaltung der Baubeschränkung hat, kann er dadurch geltend machen, daß er bei der Verwaltungsbehörde Einspruch erhebt. Diese Einsprache richtet sich nicht direkt gegen den Nachbarn, der sein Eigentum überschreitet, sondern gegen die Behörde, die als Hüterin der öffentlichen Ordnung jedermann zu veranlassen verpflichtet ist, daß er die im Interesse der Allgemeinheit aufgestellten Vorschriften beobachte.

Während bei privatrechtlichen Baubeschränkungen der Eigentümer ungerechtfertigte Einwirkungen durch das Nachbargrundstück mit der actio negatoria, der Besitzesstörungsklage und den Klagen aus Art. 679 und 684 Z. G. B. abwehren kann, sind die Rechtsschutzmittel zur Durchsetzung der öffentlichrechtlichen Baubeschränkungen vorwiegend präventiver Natur, indem die Ausführung der Bauten dem Genehmigungszwang unterliegt. (Baubewilligung.) Zweck des Baubewilligungsverfahrens ist der Schutz der öffentlichen Interessen, indem festgestellt werden soll, ob dem Bauprojekt nicht öffentliche Interessen entgegenstehen, ob es nicht gegen bestehende Vorschriften des Baupolizeirechts verstoße. Die Baubewilligung ist ein feststellender Verwaltungsakt des Inhalts, daß durch das Bauprojekt das Gemeinwohl nicht gefährdet sei, daß das öffentliche Recht dem Bauprojekt nicht entgegen stehe. Einspracheberechtigt im Baubewilligungsverfahren ist jedermann, der ein Interesse dartun und sich auf eine öffentlichrechtliche Vorschrift, welche verletzt sein soll, berufen kann. Auf Grund einer Verletzung nachbarrechtlicher Vorschriften kann nicht Einsprache erhoben werden, sondern es muß der Zivilprozeßweg beschritten werden. (So wenigstens im Kanton Bern, anders im Kanton Zürich.)

Öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Rechtsschutz bestehen neben und unabhängig voneinander. Durch die Bewilligung einer Baute wird im Prinzip die privatrechtliche Unterlassungsklage nicht abgeschnitten, und umgekehrt hat ein Urteil des Zivilrichters, das feststellt, daß einem Bauprojekt keine privatrechtlichen Hindernisse entgegenstehen, oder daß solche bestehen, nicht die Wirkung, daß die Baubewilligung erteilt werden muß, resp. eine erteilte Bewilligung hinfällig wird, wenn auch praktisch kein Gebrauch gemacht werden kann davon[6]).

III. Außer den gesetzlichen Baubeschränkungen gibt es noch andere Mittel, um baurechtliche Beschränkungen aufzustellen. Es ist nämlich in weitem Umfang in das Belieben der Privaten gestellt, auf dem Wege freier Übereinkunft, durch Begründung von Dienstbarkeiten oder bloß obligatorischer Verpflichtungen ihre baurechtlichen Verhältnisse zu bestimmen. Der Inhalt dieser vertraglichen Bauservituten kann ein beliebiger sein. Der häufigste Fall ist der, daß ein Grundstück zu Gunsten eines andern nur in beschränkter Höhe bebaut werden darf, oder daß auf einem Grundstück Gebäude mit bestimmten Gewerben (Fabriken) verboten sind. Durch Begründung solcher vertraglicher Servituten ist z. B. die Berne Land Company auf dem Kirchenfeld in Bern vorgegangen. Diesem Umstand ist es zu verdanken, daß wir heute im Kirchenfeld ein ausgesprochenes Wohn- und Villenquartier haben. Trotz Fehlens der entsprechenden reglementarischen Gemeindebauvorschriften ist durch Dienstbarkeitsbegründung durch die Berne Land Company ein Quartier entstanden, wie es die modernen Bauordnungen anstreben. Daneben hat aber die Berne Land Company sogar selbst ein eigenes Baureglement aufgestellt und dieses am 25. August 1881 durch den bernischen Regierungsrat sanktionieren lassen. Dadurch hat allerdings dieses Reglement nicht öffentlichrechtlichen Charakter und Gesetzeskraft erhalten, sondern diese Genehmi-

---

[6]) Vergl. Bauhofer: Immissionen und Gewerberecht.

gung hatte nur den Wert einer amtlichen Feststellung, daß es nichts den bestehenden Gesetzesvorschriften Zuwiderlaufendes enthalte. Der Verkauf der Parzellen der Berne Land Company erfolgte regelmäßig in der Weise, daß sich der Käufer für sich und seine Nachbesitzer verpflichten mußte, die Bedingungen des Baureglementes genau zu befolgen. Einzelne besonders wichtige Bestimmungen des Reglementes, wie Verbot der Errichtung einer Wirtschaft oder des Betriebes ein die Nachbarschaft durch Lärm oder Geruch belästigenden Gewerbes wurden überdies, wie schon angedeutet, als dingliche Last auf die verkauften Parzellen gelegt[7]).

IV. Der Inhalt der Bauordnungen (die einzelnen Baubeschränkungen):

Die Bauordnungen und Baugesetze enthalten sowohl materielles, als auch formelles Baupolizeirecht. Das formelle Baupolizeirecht bezieht sich auf die Organisation der Baupolizeibehörden, deren Zuständigkeit und Befugnisse, auf das Verfahren bei Erlaß von Alignementsplänen und Aufstellung von Bauordnungen. Es regelt das Verfahren bei Baubewilligungen, das Rechtsmittelverfahren, die Baukontrolle, die Gebühren, die Zwangsmittel im Baupolizeirecht usw. Materielles Baupolizeirecht enthalten die Bestimmungen, welche sagen, wo und wie gebaut werden darf, welche also die sachlichen Anforderungen, die an Bauten gestellt werden, normieren. Für unsere Aufgabe interessiert uns nur das materielle Baupolizeirecht.

a) Aus Rücksichten der Feuersicherheit der Bauten werden ganz intensive Baubeschränkungen aufgestellt. Diese Vorschriften finden sich nicht nur in Baugesetzen und Baureglementen, sondern ebenso in besondern Feuerpolizeireglementen, Brandversicherungsgesetzen oder in Gesetzen über das Gewerbewesen.

---

[7]) Vergl. E. Huber: Die Eigentümerdienstbarkeit. S. 10 ff.

Ein eingreifendes Verbot liegt in der Unstatthaftigkeit von Holzbauten im Innern der Städte oder von Bedachungen, die nicht aus feuersicherem Material bestehen. Bei Errichtung von Bauten in der Nähe von Wäldern werden bestimmte Abstände verlangt. Um der Feuerwehr im Brandfall den Zutritt zu ermöglichen, wird vorgeschrieben, daß Bauten nur da errichtet werden dürfen, wo eine genügende Zufahrt vorhanden ist. In Baugesetzen finden wir auch Vorschriften über die Pflicht der Bauenden zur Einhaltung von größeren Abständen der Gebäude untereinander oder von Eisenbahnlinien. Die Umfassungsmauern sollen in feuersicherem Material ausgeführt werden, und zwischen einzelnen aneinander gebauten Häusern sollen undurchbrochene Brandmauern eingefügt werden. Eine Masse verschiedenartigster Bestimmungen finden wir aufgestellt in bezug auf den Innenbau der Gebäude, wie über die Größe der Haustüren, die Breite der Treppen, die Beschaffenheit der Kamine und dergl.

b) Aus Rücksichten der allgemeinen Gesundheit wird die Baufreiheit in weitgehender Weise beschränkt in bezug auf die Höhe der Gebäude, die Licht- und Luftverhältnisse, die Größe der Schlaf- und Arbeitsräume. Die Vorschriften über Gebäudehöhe, die auch aus feuerpolizeilichen Gründen sich rechtfertigen lassen und die Vorschriften über die zulässige Anzahl der Stockwerke werden je nach der Breite der Straßen verschieden ausgestaltet. Gerade diese Vorschriften über Gebäudehöhe und Stockwerkzahl sind es, die von den Grundeigentümern als sehr lästig empfunden werden, da sie mit dem ökonomischen Grundsatz der Raumausnutzung in Konflikt kommen. Auch die Anlegung von Ställen, Düngergruben und Aborteinrichtungen wird baupolizeilichen Anordnungen unterstellt. Besondere Vorschriften treffen wir für gewerbliche Anlagen, welche Gesundheitsschädigungen durch ihren Betrieb ausüben können, indem bestimmte, größere Abstände von andern Gebäuden oder besondere Konstruktion der betr. Bauten verlangt wird, oder indem Fabrikanlagen überhaupt aus bestimmten Quartieren im Interesse der öffentlichen Ge-

sundheit verbannt werden. Kellerwohnungen werden in den meisten Bauordnungen verboten. Um die gesundheitsschädliche Benutzung noch nicht ausreichend ausgetrockneter Räume zu verhüten, wird der Zeitpunkt der frühesten Ingebrauchnahme festgelegt.

c) Als eine weitere Beschränkung der Baufreiheit stellen sich dar die Vorschriften im Interesse von Heimatschutz und Ästhetik, welche sich zum Ziele setzen, dem Land die natürliche Schönheit und Eigenart zu bewahren. Aus ästhetischen Rücksichten kommt es vor, daß für bestimmte Gebiete ein allgemeines oder teilweises Bauverbot erlassen wird, oder daß an bestehenden Gebäuden, die zum typischen Stadtbild gehören oder von künstlerischer Bedeutung sind, keine Veränderungen vorgenommen werden dürfen. Reklameschilder, Aufschriften und sonstige Einrichtungen, welche das Straßenbild oder die landschaftliche Umgebung verunstalten, und die Ausführung von Bauprojekten, welche das Ortsbild stören würden, werden untersagt. Auch eine unschöne Bemalung von Häusern wird in den Bauordnungen untersagt[8]).

V. Überbauungspläne:

Soll sich in größeren Ortschaften mit wachsender Bevölkerung die bauliche Entwicklung planmäßig vollziehen, so müssen schon zum voraus für diese Entwicklung die wegleitenden Richtlinien aufgestellt werden. Das Baupolizeirecht schreibt zu diesem Zweck die Aufstellung von Bebauungsplänen vor. Es sind geographische Pläne, die die im öffentlichen Interesse begründeten Richtlinien angeben, welche bei der baulichen Ausgestaltung einer Ortschaft wahrzunehmen sind[9]).

Ein Überbauungsplan ist somit eine zeichnerische Darstellung einer Gemeinde, eines Teiles derselben, oder einzel-

---

8) Kaestli: Die schweizerische Gesetzgebung auf dem Gebiet des Bau- und Wohnungswesens. Diss. Bern. 1919.

9) Kistler: Baupolizei und Baupolizeirecht im Kanton Aargau. Diss. Bern 1926, S. 35.

ner Straßenzüge, wodurch das betreffende, vom Plan umfaßte Gebiet in Anbauflächen geschieden wird, wobei die einzelnen zukünftig zu erstellenden Straßenzüge eingezeichnet werden. In diesen Bebauungsplänen kann ferner die Bauweise für die einzelnen Quartiere bestimmt werden. Sie bilden das wichtigste technische Hilfsmittel jeder modernen und rationellen Stadterweiterung und sind eine notwendige Ergänzung zu den Bauordnungen.

Ein allgemeiner Bebauungsplan (Ortsbauplan, Stadtbebauungsplan, Stadterweiterungsplan oder Alignementsplan) stellt die Grundzüge für die künftige Gestaltung der Ortschaft auf, ohne sich in Details zu verlieren. Er soll unter Berücksichtigung des notwendigen Anschlusses gegenüber andern Gemeinden die Hauptverkehrslinien festlegen und die Bauweise für die einzelnen Quartiere zum vornherein bestimmen. Ein spezieller Bebauungsplan enthält dann die einzelnen Straßenzüge und Anlagen eines kleineren Gemeindeteils, eines einzelnen Quartiers, mit allen näheren, notwendigen Einzelheiten (Quartierplan).

Die neueren Bauordnungen enthalten die Vorschrift, daß im Bebauungsplan verschiedene Bauzonen mit abgestufter Bebauungsdichtigkeit auszuscheiden seien. Die Entwicklung der Städte zu Wohn-, Geschäfts- und Industriezentren bringt es mit sich, daß nicht in allen Stadtteilen die Innehaltung derselben Abstände von einem Haus zum andern verlangt werden kann. Im Geschäftszentrum muß der hohen Bodenpreise wegen eine gedrängte Bauweise mit größerer Stockwerkshäufung gestattet werden. Es werden Gebietsteile ausgeschieden, wo längs der Straßen ohne jeden seitlichen Abstand, also in geschlossen Reihen, gebaut werden darf und soll. Den Gegensatz zu dieser geschlossenen Bauweise bildet die sogenannte offene Bebauung. Diese meist für Außenquartiere vorgesehene Bauweise verlangt die Einhaltung von bestimmten Abständen auf allen Gebäudeseiten. Durch diese offene Bebauung sollen möglichst gesunde Wohnquartiere geschaffen werden, wobei dann auch durch die Beschränkung der Stock-

werkzahl dafür gesorgt wird, daß die durch die offene Bauweise erstrebte weiträumige Bebauung nicht durch Häufung der Stockwerke wieder zur engräumigen wird. Eine Übergangsstufe zwischen offener und geschlossener Bauweise bildet das System des Gruppenbaus, wo das Zusammenbauen einer beschränkten Anzahl von Häusern gestattet ist.

Manche Ortsbebauungspläne enthalten eine Ausscheidung besonderer Quartiere nach der Bewerbungsart. Bei dieser Zoneneinteilung nach der Bewerbungsart, im Gegensatz zu der Zoneneinteilung nach der Bebauungsart, handelt es sich um eine Standortszuweisung. Während einzelne Gebiete nur als Wohnquartiere baulich ausgenützt werden dürfen, werden andere für industrielle und gewerbliche Bauten reserviert. Diese Zoneneinteilung liegt nicht nur im Interesse der Öffentlichkeit, sondern auch in demjenigen der Betriebsinhaber, da in den abgesonderten Quartieren die Entwicklung des Gewerbes ohne Schaden der Nachbarschaft durch Dispensation von erschwerenden Bauvorschriften gefördert werden kann. Es erscheint heute als eine der bedeutendsten Aufgaben der Baupolizei der Städte, das Gemeindegebiet durch Bebauungspläne und Bauordnungen nach gesundheits- und verkehrspolizeilichen Gesichtspunkten in Zonen einzuteilen.

Ein Beispiel einer derartigen Zoneneinteilung finden wir im Entwurf zu einer neuen Bauordnung für die Stadt Bern. Dieser zerlegt die Stadt mit ihren Außenquartieren in acht Bezirke, Bauklassen oder auch Bauzonen genannt. Von diesen sind vier für die geschlossene und vier für die offene Bauweise bestimmt. In den einzelnen Bauklassen sind die Gebäudehöhe, die Stockwerkzahl, die seitlichen und rückwärtigen Gebäudeabstände verschieden normiert. Einzelne Bauklassen werden vom Entwurf als sogenannte Schutzgebiete vorgesehen, wo gewerbliche Anlagen, welche die Nachbarschaft beeinträchtigen könnten, verboten sind. Anderseits werden bestimmte Gebiete als Industriegebiete vorgesehen, mit Ausnahmebestimmungen zu Gunsten der gewerblichen

und industriellen Anlagen. Ähnliche Zoneneinteilungen finden wir z. B. im Kanton Zürich.

Die Abstufung der Baudichtigkeit im Sinne der Auflockerung nach der Stadtgrenze hin wurde in verschiedenen Städten so durchgeführt, daß das ganze Gebiet, vom Stadtzentrum als Mittelpunkt aus, in Kreisringe mit verschiedenen Radien eingeteilt wurde. Jeder Kreisring hat die gleiche Baudichtigkeit. Der Entwurf zu einer Bauordnung für die Stadt Bern von 1927 hat ein anderes System gewählt. Dieser hat das Gemeindegebiet nicht willkürlich in Zonen zerlegt, sondern hat auf die verschiedenen Bodenformationen, die Verkehrsverhältnisse, die Lage und die schon bestehenden Quartiere Rücksicht genommen bei der Aufstellung und Abgrenzung der Bauklassen.

Die Überbauungspläne enthalten im weitern auch die Straßen- und Baulinien. Die Festlegung der Straßenlinien bezweckt die Ermöglichung der richtigen Anlage der später zu errichtenden Straßen und Plätze. Ihre Wirkung besteht darin, daß der für den Straßenbau in Aussicht genommene Grund und Boden vom Eigentümer nicht mehr in einer Weise baulich ausgenützt werden darf, der die Ausführung der Straße, wie sie durch die Straßenlinie im Bebauungsplan vorgesehen wurde, verhindern könnte.

Die Baulinie, auch Baufluchtlinie genannt, ist eine ideelle Linie längs der Straße, über welche hinaus die anstoßenden Grundstücke nicht überbaut werden dürfen. Dadurch soll zwischen Straße und Häuserreihe ein freier Raum geschaffen werden (sog. Vorgartenzone). Ausnahmsweise werden auch rückwärtige Baulinien festgesetzt. Zweck der Festlegung der Baulinien ist die Wahrung öffentlicher Interessen des Verkehrs, der Feuersicherheit, Gesundheit und Ästhetik. Durch weites Auseinanderhalten der beidseitigen Häuserfluchten soll eine spätere, infolge einer Verkehrsvermehrung notwendige Straßenverbreiterung sichergestellt werden. Den Wohnhäusern soll die Einhaltung der Baulinie genügend Luft und Licht verschaffen. Die Vorgartenzone ist mit

einem absoluten Bauverbot belegt, und nur ausnahmsweise wird ein Überragen kleiner Gebäudeteile, wie Erker und Balkone, gestattet.

Für den Bau der in den Alignementsplänen vorgesehenen Straßenzüge können der Staat, beziehungsweise die Gemeinde, den dazu nötigen Boden zwangsweise sich verschaffen auf dem Wege der Expropriation. Mit der Genehmigung des Alignementsplanes erhält die Gemeinde das Expropriationsrecht, und es bedarf keines besonderen Verfahrens mehr, um das Enteignungsrecht zu erhalten. Der Umfang der Expropriation beschränkt sich in der Regel auf die Fläche, auf welche die Straße zu liegen kommt. Nach den meisten Gesetzen darf ein exproprierter Grundeigentümer aber die Übernahme des ganzen Grundstücks verlangen, wenn der Rest für ihn nicht mehr verwertbar wäre. Umgekehrt kann die Behörde den Grundstückrest an sich ziehen, wenn eine Minderwertentschädigung dafür bezahlt werden müßte. Bei diesen Expropriationen auf Grund der Alignementspläne muß nach den Grundsätzen des Enteignungsrechts Entschädigung geleistet werden. Umgekehrt wird, wie später zu zeigen sein wird, für die durch das Baupolizeirecht den Grundeigentümern auferlegten Beschränkungen, insbesondere auch für die aus der Festsetzung von Straßen- und Baulinien sich ergebenden Einschränkungen der Baufreiheit, dem Eigentümer grundsätzlich keine Entschädigung gewährt.

Ein neueres Rechtsinstitut, das im modernen Baupolizeirecht Verwendung findet, ist die sogenannte Zonenexpropriation, wonach das Gemeinwesen nicht nur die zum Bau der Straße notwendige Fläche enteignen kann, sondern darüber hinaus auch den seitwärts von der Straße gelegenen Streifen des Privateigentums[10]). Das Institut läßt sich aus gesundheits-, feuer- und baupolizeilichen Gründen und ästhetischen Rücksichten rechtfertigen.

---

10) P. Meyer: Die rechtliche Natur der Zonenexpropriation. Diss. Zürich 1920.

VI. Das Verhältnis zwischen Bebauungsplänen und Bauordnungen:

Trotz ihrer vielseitigen Interessenwahrnehmung sind die Bebauungspläne nicht imstande, dem Städtebau eine planmäßige Fortentwicklung zu sichern. Die Bebauungspläne vermögen nicht allen baupolizeilichen Anforderungen gerecht zu werden, sondern sie müssen durch die Bauordnungen ergänzt werden. Bauordnung und Bebauungspläne stehen in innigem Zusammenhang mit einander. Die Bebauungspläne stellen einen rechtsverbindlichen Grundriß in Form einer graphischen Darstellung dar für die zu überbauenden Terrainkomplexe. Mit Hilfe dieses Grundrisses ließe sich aber nicht viel erreichen, wenn nicht für die Ausführung der einzelnen Gebäude auch zweckdienliche Vorschriften aufgestellt würden. Dies ist Aufgabe der Bauordnungen. Der Bebauungsplan soll das Straßennetz und die öffentlichen Plätze enthalten, er soll angeben, welche Gebiete als Fabrik- und Industrieviertel, welche als Villenviertel, ausgebaut werden sollen und die Zonen für offene und geschlossene Bauweise bezeichnen. Die Bauordnung umgekehrt enthält die näheren Details bezüglich der Ausführung der Bauten, die Regelung der Gebäudeabstände, der Gebäudehöhe usw. So finden wir im Baupolizeirecht eine Gleichsetzung von Anordnungen, die in Paragraphen niedergelegt sind (Bauordnungen), mit graphisch dargestellten Baupolizeinormen (Bebauungspläne).

I. Kapitel.

Die Kompetenz der bernischen Gemeinden zum Erlaß baupolizeilicher Vorschriften.

§ 2.

Die Quellen des geltenden Baupolizeirechts.

I. Einleitung.

Die Entwicklung des modernen Baupolizeirechts hat bei uns erst um die Mitte des vorigen Jahrhunderts eingesetzt. Erst das starke Anwachsen der Städte hat in der Baupolizei die nötigen Änderungen gebracht. Das öffentliche Interesse ist in der modernen Gesetzgebung des Bauwesens die wegleitende Richtschnur geworden.

Alle neueren Gesetzbücher und Bauordnungen behandeln das Baurecht in seiner Natur als Baupolizeirecht, und zwar als Straßen-, Wasser-, Feuer-, Sicherheits- oder Gesundheitspolizeirecht und räumen den rein privatrechtlichen Baubeschränkungen nur einen untergeordneten Platz ein. Selten finden wir die Baupolizeivorschriften lückenlos vereinigt in einem eigentlichen, ausschließlich der Baupolizei gewidmeten Sondergesetz. Vielmehr gibt es neben allfällig bestehenden Baugesetzen noch eine mehr oder weniger große Zahl von baupolizeilichen Vorschriften, die sich in andern Gesetzen und Verordnungen zerstreut vorfinden.

II. Bundesrechtliche Quellen des Baupolizeirechts.

Zum Erlaß von rein-baupolizeilichen Gesetzen ist der Bund nicht zuständig, da die Bundesverfassung ihm dieses Recht nicht gibt. Die Bundesverfassung zählt die dem Bund

im Gebiet der Gesetzgebung zugewiesenen Aufgaben auf. Was sich der Bund in der Bundesverfassung nicht selbst vorbehalten hat, verbleibt in der Gesetzgebungskompetenz der Kantone[1]).

In einigen Bundesgesetzen finden wir Baupolizeivorschriften, die aber entweder mehr fabrik-, gewerbe- und gesundheitspolizeilicher oder privatrechtlicher Natur sind, also Gebiete betreffen, in denen der Bund zur Legiferierung befugt ist. Es betrifft dies folgende bundesrechtlichen Erlasse:

1. Nach Art. 64 der Bundesverfassung ist der Bund zuständig zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Zivilrechts. Dazu gehört auch das Nachbarrecht. Von dieser Kompetenz hat der Bund Gebrauch gemacht, indem unter den nachbarrechtlichen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches einige wenige Bestimmungen sich finden, welche mit baurechtlichen Verhältnissen Bezug haben, so die Art. 684—686 und Art. 702 Z.G.B.

Art. 684 verbietet jede schädliche, nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke ungerechtfertigte Einwirkung auf die umliegenden Grundstücke und verpflichtet den Eigentümer, bei der Ausübung seines Eigentums sich aller übermäßigen Einwirkungen auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten. Dieser Artikel hat natürlich auch Bedeutung für das Bauwesen.

Art. 685 verbietet dem Grundeigentümer, durch Bauten und Grabungen das nachbarliche Grundeigentum zu gefährden oder zu schädigen.

Art. 686 enthält einen Vorbehalt zu Gunsten des kantonalen Rechts, indem den Kantonen das Recht, privatrechtliche Bauvorschriften aufzustellen, gewährleistet wird, neben der Zuständigkeit zum Erlaß öffentlichrechtlicher Bauvorschriften gemäß Art. 702 Z.G.B.

2. Baupolizeiliche Vorschriften enthält das Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914, mit der Vollziehungsverordnung vom 3. Oktober 1919.

---

[1]) Art. 3 B. V.

Art. 6 des Fabrikgesetzes bestimmt, daß bei Errichtung oder Umgestaltung einer Fabrik die Kantonsregierung davon in Kenntnis zu setzen sei, bei welcher auch die Pläne nebst einer Beschreibung des Baus zur Genehmigung einzureichen sind. Die Baubewilligung wird nach Erlangung eines Gutachtens des eidgenössischen Fabrikinspektors von der Kantonsregierung erteilt. Es finden im allgemeinen auf den Bau von Fabriken die baupolizeilichen Vorschriften der Kantone und Gemeinden Anwendung, soweit die Fabrikgesetzgebung nicht selber abweichende Bestimmungen aufstellt. Das bernische Gesetz betreffend die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden von 1894 und die darauf beruhenden Baureglemente der Gemeinden finden somit grundsätzlich auch Anwendung auf den Bau von Fabriken. Soweit die eidgenössische Fabrikgesetzgebung aber selber Vorschriften baupolizeilicher Natur, welche mit dem Fabrikwesen im Zusammenhang stehen, aufstellt, sind die Kantone und Gemeinden daran gebunden, und ihre Vorschriften haben zurückzutreten[2]).

Baupolizeiliche Vorschriften finden wir in der Verordnung von 1919, welche für die Größe von Fabrikräumen gewisse Minimalforderungen vorsieht. Fundamente müssen so ausgeführt sein, daß die Festigkeit des Baus gesichert ist, Fußböden sollen trocken sein, für Treppen wird eine bestimmte Breite verlangt, ebenso sind für Türen und Fenster bestimmte Ausmaße verlangt.

Die Grundlage für den Erlaß der in der Fabrikgesetzgebung enthaltenen baupolizeilichen Vorschriften durch den Bund bilden die Art. 34 und 34ter der Bundesverfassung.

3. Vorschriften baupolizeilicher Natur enthält auch die Verordnung betreffend die Aufstellung und Betrieb von Dampfkesseln und Dampfgefäßen vom 9. April 1925, welche

---

2) Monatsschrift für bern. Verwaltungsrecht und Notariatswesen Bd. 1 Nr. 73.

gestützt auf das Fabrikgesetz und das Gesetz über die Kranken- und Unfallversicherung erlassen wurde.

4. Baupolizeiliche Vorschriften sind ferner enthalten in der Verordnung betreffend das Schlachten, die Fleischschau und den Verkehr mit Fleisch und Fleischwaren vom 29. Januar 1909, wo für Schlachtlokale und Räume, in welchen Fleisch aufbewahrt oder verkauft wird, gewisse Anforderungen in gesundheitspolizeilicher Hinsicht aufgestellt sind. Die verfassungsmäßige Grundlage dieser Vorschriften ist in Art. 69 der Bundesverfassung und dem Lebensmittelgesetz vom 28. Dezember 1905 zu finden.

5. Nach dem Bundesgesetz über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 23. Dezember 1872 (insbesondere Art. 14), sind die Baupläne für das Eisenbahntracé, die Stationen und für andere größere Bauobjekte, einschließlich Hochbauten, dem Bundesrat zur Prüfung und Genehmigung vorzulegen. Der Bundesrat gibt den Lokalbehörden und Kantonsregierungen Gelegenheit, ihre Interessen geltend zu machen.

6. Das Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902.

III. Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen.

1. Da dem Bund die verfassungsmäßige Befugnis zum Erlaß von baupolizeilichen Gesetzen fehlt, finden wir die grundlegenden Quellen des Baupolizeirechts in den kantonalen Gesetzen. Bei der Regelung des Baupolizeiwesens sind die Kantone in verschiedener Weise vorgegangen. Es gibt Kantone, welche die Baupolizei in kantonalen Gesetzen und Verordnungen eingehend bis in alle Einzelheiten regeln. In andern Kantonen wird die Aufstellung der Baupolizeivorschriften in der Hauptsache den Gemeinden überlassen, während die kantonalen Gesetze überhaupt keine oder nur einige grundlegende Vorschriften aufstellen. Die gesetzliche Grund-

lage für die Gemeindebauvorschriften finden sich in den kantonalen Verfassungen oder in kantonalen Gesetzen, welche die Delegation an die Gemeinde aussprechen. Andere Kantone haben die beiden erstgenannten Systeme verbunden, so daß das Baupolizeirecht zum Teil kantonales Recht, zum anderen Teil lokales Recht der Gemeinden ist. Diesem System folgt der Kanton Bern.

2. Das schweizerische Zivilgesetzbuch bestimmt in Art. 702, daß es dem Bund, den Kantonen und Gemeinden vorbehalten bleibe, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, wie namentlich betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Straßenwesen, Bodenverbesserungen, Güterzusammenlegungen und betreffend die Erhaltung von Kunstaltertümern, Naturdenkmälern und Heilquellen.

Durch diesen Art. 702 ist für die Kantone keine neue Kompetenz geschaffen worden, und die Aufzählung, welche darin vorgenommen wird, ist auch keine abschließende. Zur Aufstellung öffentlichrechtlicher Vorschriften und somit auch zum Erlaß von Baupolizeivorschriften wären die Kantone auch ohne diesen Artikel schon gemäß Art. 6 Z.G.B. befugt. (Vergleiche auch Art. 3 der Bundesverfassung.) Art. 702 hat nicht eine Kompetenz, die sonst dem Bund zustehen würde, an die Kantone delegiert, sondern er enthält nur eine Anerkennung der Gesetzgebungshoheit der Kantone für diese Materie und will nur noch ausdrücklich feststellen, was ohnehin schon so zu Recht besteht. Ob die Kantone Vorschriften, wie sie in Art. 702 Z.G.B. vorgesehen sind, erlassen sollen und wie weit sie dabei gehen wollen, ist ihnen überlassen, wobei sie natürlich an die Schranken der Bundesverfassung und Bundesgesetzgebung gebunden sind.

Die Gemeinden können sich bei Erlaß von Baupolizeivorschriften überhaupt nicht auf Art. 702 des Zivilgesetzbuches berufen, denn sie sind gegenüber dem Kanton nur im Rahmen des kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrechtes zur Aufstellung von Rechtssätzen befugt. Art. 702 enthält

nicht eine selbständige, vom kantonalen Recht unabhängige Delegation an die Gemeinden. Besitzen die Gemeinden kraft kantonalen Rechts die Kompetenz zum Erlaß von Baupolizeivorschriften, so kann ihnen nicht das Zivilgesetzbuch noch geben, was sie staatsrechtlich schon besitzen. Haben umgekehrt die Gemeinden diese Kompetenz auf Grund des kantonalen Rechts nicht, so kann ihnen das Zivilgesetzbuch keine Kompetenzen einräumen, ohne in das öffentliche Recht des betreffenden Kantons einzugreifen.

3. Art. 702 Z.G.B. hat weder für die Kantone noch für die Gemeinden eine Kompetenzbegründung- oder Verschiebung gebracht. Was die andere Frage betrifft, ob Art. 702 eine Kompetenzerweiterung für den Bund zur Folge gehabt hat, wonach der Bund auf Grund dieses Artikels zum Erlaß von Baupolizeivorschriften berechtigt wäre, ist folgendes zu bemerken:

Nach der herrschenden Auffassung soll der Bund berechtigt sein, auf Grund von Art. 702 Z.G.B. Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, wie namentlich betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei usw. Es sei durch diesen Artikel eine Kompetenzerweiterung für den Bund geschaffen worden, insoweit es sich bei den in Art. 702 aufgezählten Materien um solche handle, die dem Bund nicht schon durch die Bundesverfassung übertragen worden seien[3]). Trotzdem Art. 702 öffentlichrechtlicher Natur sei, stehe er mit Art. 64 Abs. 2 der Bundesverfassung nicht in Widerspruch. Wenn Art. 64 der Bundesverfassung von Zivilrecht spreche, so dürfe darunter nicht nur eine Summe privatrechtlicher Normen verstanden werden, denn sonst wäre ein großer Teil der auf Grund von Art. 64 erlassenen eidgenössischen Rechtsnormen verfassungswidrig. (Grundbuch-, Ehe- und Vormundschaftsrecht). Die anerkannte Theorie laute, daß der Bund kraft Art. 64 Abs. 2 nicht

---

[3]) Leemann: Kommentar zum Sachenrecht, Note 13 zu Art. 702. Giesker-Zeller: Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz s. 204 ff.

nur zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Zivilrechts befugt sei, sondern daß er auch zuständig sei, zu sagen, was Zivilrecht sei. Habe der Bund daher eine Norm in das Zivilgesetzbuch aufgenommen, so sei dieselbe zivilrechtlich geworden, auch wenn sie öffentlichrechtlicher Natur sei, wie es bei Art. 702 der Fall sei. Jene Auffassung argumentiert weiter, daß der Vorbehalt des Art. 702 zu Gunsten des Bundes auch nicht in Widerspruch zu Art. 6 Z.G.B. stehe, eben weil die in Art. 702 normierten Grundeigentumsbeschränkungen zu zivilrechtlichen gestempelt worden seien und die in Art. 6 vorbehaltenen Materien nicht berühren. Die Folge davon sei, daß der Bund gestützt auf Art. 702 des Zivilgesetzbuches Bestimmungen über die dort erwähnten Gegenstände erlassen könne, welche diejenigen der Kantone brechen, da das kantonale Recht nur insofern Geltung habe, als es nicht dem eidgenössischen Recht widerspreche.

Ohne uns in diese Gedankengänge zu vertiefen, geben wir der Meinung Ausdruck, daß Art. 702 Z.G.B. sowenig wie für Kanton und Gemeinde eine Kompetenzerweiterung für den Bund begründet. Art. 702 ist streng genommen überhaupt überflüssig. Der Artikel steht nur pro memoria im Gesetz. Er will lediglich darauf aufmerksam machen, daß die im Zivilgesetzbuch normierte Eigentumsordnung nicht vorbehaltlos zur Anwendung kommt, sondern daß das Eigentum, wie es im Zivilgesetzbuch geregelt ist, in mannigfacher Weise durch andere eidgenössische und kantonale Vorschriften und durch die auf Grund delegierender kantonaler Gesetze erlassenen Gemeindereglemente modifiziert wird. Der Bund ist nicht berechtigt, auf Grund von Art. 702 Vorschriften über die Baupolizei, Feuerpolizei usw. zu erlassen. Das kann er nur auf Grund einer besonderen Verfassungsbestimmung. Forstpolizeiliche Eigentumsbeschränkungen, wie sie im zitierten Artikel genannt sind, kann er auch nicht auf Grund von Art. 702 aufstellen, sondern dieses Recht gibt ihm das eidgenössische Forstgesetz, welches wiederum in Art. 24 der Bundesverfassung seine Grundlage hat. Auf die außerhalb

des Zivilgesetzbuches in Kraft stehenden Eigentumsbeschränkungen aufmerksam zu machen, ist Aufgabe jener Bestimmung.

Daß Art. 702 keine Kompetenzbegründungen gebracht haben kann, zeigt sich unseres Erachtens schon darin, daß die Aufzählung dort offenbar keine abschließende, sondern nur eine beispielsweise ist, wie sich dies aus dem Gebrauch des Wortes „namentlich" mit Sicherheit ergibt. Wenn die Aufzählung nicht abschließend ist, so müßte man sich dann schon fragen, was der Bund oder die Gemeinden auf Grund von Art. 702 Z.G.B. noch alles tun könnten, wenn dieser für jene kompetenzbegründend wäre.

IV. Die Quellen des bernischen Baupolizeirechts.

1. Das grundlegende Gesetz für das bernische Baupolizeiwesen ist das Gesetz betreffend die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden vom 15. Juli 1894, mit Ergänzungsgesetzen vom 4. November 1900 und 3. November 1907, mit dem dazu gehörenden Dekret vom 13. März 1900 betreffend das Verfahren zur Erlangung von Baubewilligungen und zur Beurteilung von Einsprachen gegen Bauten.

Das Gesetz von 1894 räumt den Gemeinden die Befugnis ein, für ihr ganzes Gebiet oder für einzelne Teile desselben Alignementspläne und Baupolizeivorschriften mit allgemeiner Verbindlichkeit aufzustellen. Normen mit selbständigem materiellem Inhalt enthält es nur wenige. So ist es möglich, daß das ganze Gesetz nur zwanzig Artikel umfaßt, im Gegensatz z. B. zum zürcherischen Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen vom 23. April 1893, welches 150 Artikel zählt.

2. Das Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Mai 1911, insbesondere dessen Art. 79 lit. a. Dieser gibt den Gemeinden das Recht, Abstände von der Grenze festzusetzen, die für Mauern und

Wände eingehalten werden müssen. Ferner bestimmt Art. 79 letzter Absatz folgendes: „Die Bestimmungen des Gesetzes vom 15. Juli 1894 betreffend die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden und das Ergänzungsgesetz vom 3. November 1907, sowie die auf Grund derselben erlassenen öffentlich- und privatrechtlichen Reglementsvorschriften bleiben vorbehalten. Soweit die Gemeinden von diesem Recht nicht Gebrauch machen, bleiben im neuen Kantonsteil die Art. 657—662 und 675—681 des französischen Zivilgesetzbuches vorbehalten."

Art. 127 des Einführungsgesetzes verlangt die Anmerkung der durch das Alignementsgesetz verursachten Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch. Art. 83 betreffend den Schutz von Altertümern, Naturdenkmälern, Landschaften und Ortschaftsbildern schlägt ebenfalls in das Gebiet der Baupolizei ein.

3. Das Gesetz über die Straßenpolizei vom 10. Juni 1906, insbesondere Art. 6, der vorsieht, daß da, wo nicht in Anwendung des Alignementsgesetzes von 1894 besondere Baulinien festgesetzt sind, neue Gebäude nicht näher als 3,60 m bei Straßen 1.—3. Klasse und 3 m bei Straßen 4. Klasse von den Grenzen der Straßenfahrbahn ausgeführt werden dürfen.

4. Art. 10 des Gesetzes betreffend das Forstwesen vom 20. August 1905, welcher in Absatz 2 bestimmt, daß die Errichtung von Gebäuden oder andern Bauten mit Feuerstatt auf kürzere Entfernung als auf 50 Meter von der Grenze des Waldes untersagt ist. Ausnahmen kann der Regierungsrat machen.

5. Berührungspunkte mit dem Baupolizeirecht hat das Gesetz über den Unterhalt und die Korrektion der Gewässer und die Austrocknung von Mösern und anderen Ländereien vom 3. April 1857, welches in Art. 9 für Bauten und Anlagen, welche auf die Höhe des Wasserstandes oder den Lauf des Gewässers oder die Sicherheit des Ufers einen Einfluß haben, die Genehmigung des Regierungsrates verlangt. Eine

Bewilligung ist auch nötig für gewerbliche Anlagen und Bauten an Flüssen.

6. Nach dem Gesetz über das Gewerbewesen vom 7. November 1849, Art. 14, ist für die Errichtung verschiedener gewerblicher Anlagen eine Bau- und Einrichtungsbewilligung nötig. (Vergleiche auch Art. 103 Ziff. 1 des Gewerbegesetzes und die Verordnung vom 27. Mai 1859.)

7. Das Gesetz über die Erhaltung der Kunstaltertümer und Urkunden vom 16. März 1902. Nach diesem Gesetz werden Baudenkmäler, welche dem Staat, Gemeinden oder öffentlichrechtlichen Korporationen gehören und als Altertümer einen Wert haben, in ein vom Regierungsrat geführtes Inventar aufgenommen. Dasselbe gilt für Baudenkmäler, welche Privatpersonen gehören, wenn die Aufnahme von letzteren verlangt wird. Für die Reparatur, Abänderung, Restauration und Abtragung dieser Baudenkmäler ist die Bewilligung des Regierungsrates nötig. (Vergleiche auch die Verordnung vom 29. März 1912 über den Schutz und die Erhaltung von Naturdenkmälern.) Ferner bestimmt Art. 1 der Verordnung betreffend den Schutz und die Sicherung der Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte im Kanton Bern vom 28. Oktober 1911, daß die Errichtung neuer, sowie die Erweiterung und Erhöhung bestehender Gebäude untersagt sei, sofern dadurch Landschaften, Ortschaftsbilder und Aussichtspunkte verunstaltet werden.

8. Vorschriften baupolizeilichen Inhaltes enthält ferner die Feuerordnung vom 1. Februar 1897, insbesondere die Artikel 51—107 (feuerpolizeiliche Bauvorschriften) mit Abänderungsdekret vom 3. Oktober 1923, ferner das Dekret betreffend die Bauart von Gebäuden in Ortschaften, welche dem Föhnsturm ausgesetzt sind, vom 13. Januar 1892 und die Verordnung über die Dachungen vom 11. Dezember und Erläuterungsdekret vom 17. November 1835. Nach dem Dekret von 1892 sollen die Gebäude in den Ortschaften, welche dem Föhnsturm ausgesetzt sind, in möglichst feuersicherer Weise hergestellt werden. Der Holzbau für Scheunen ohne Feuer-

stätte ist unter der Bedingung gestattet, daß die der Hauptrichtung des Föhns zugekehrte Wand ganz aus massiver Mauer ohne Öffnungen erstellt wird. Alle Gebäude sollen Hartbedachung haben und wenn ein Wohnhaus oder eine Scheune an ein anderes Gebäude angebaut wird, so soll eine Scheidemauer aus feuersicherem Material bis wenigstens 50 cm über das Dach hinaus erstellt werden.

9. Der größte Teil des im Kanton Bern geltenden Baupolizeirechts ist aber nicht in kantonalen Gesetzen oder Verordnungen zu finden, sondern in den lokalen Bauordnungen und Baureglementen der Einwohnergemeinden und gemischten Gemeinden, welche sie auf Grund des Alignementsgesetzes von 1894 erlassen können. Die Rechtskraft der Gemeindereglemente überhaupt beruht auf dem Gesetz über das Gemeindewesen vom 9. Dezember 1917, wo sich namentlich auch die formellen Vorschriften für das gültige Zustandekommen der Gemeindereglemente vorfinden.

§ 3.

Die Kompetenzen der bernischen Gemeinden auf Grund des Alignementsgesetzes von 1894.

I. Der Zustand vor Erlaß des Alignementsgesetzes.

Die Helvetik hat im Jahre 1798 ein Gesetz erlassen, in welchem an die Spitze der Satz gestellt war, es könne jeder nach seinem Belieben bauen. Es war damals die Zeit der naturrechtlichen Schule. Man stritt sich darüber, ob dies oder jenes ein Naturrecht sei, namentlich auch darüber, ob jeder Grundeigentümer das Recht habe, auf seinem Grund und Boden zu bauen, ob dies ein natürlicher Ausfluß des Eigentums sei oder ob jemand nur bauen dürfe, wenn er vom Staat dazu die Bewilligung eingeholt habe. Die Helvetik, welche der Aufstellung von Grundrechten sehr geneigt war, stellte als Grundrecht die Baufreiheit auf.

Nach der Mediation wurde jenes Gesetz im Jahr 1809 beseitigt. In der Verordnung vom 24. Januar 1810 wurde gesagt, es müsse jeder, der bauen wolle, eine Bewilligung einholen, und wenn jemand Einspruch gegen die Ausführung des Baues mache, so müsse man die Sache dem kleinen Rat zur Beurteilung unterbreiten. Materielle Baupolizeivorschriften enthält diese Verordnung aber nicht. Sie wurde dann durch zwei andere, das Bauwesen betreffende Verordnungen vom Jahr 1819 und 1832 abgelöst, welche den Gemeinden die Sorge für solide, feuerfeste und anständige Bauart der Gebäude überbunden hat, unter Oberaufsicht und letztinstanzlicher Entscheidung des Regierungsrates. Dies war der eigentliche Ursprung der kantonalen Baugesetzgebung. Im Gemeindegesetz von 1852 wurde dieses Recht der Gemeinden nicht berührt.

Außer diesen Erlassen finden sich vor Aufstellung des Alignementsgesetzes noch andere kantonale Erlasse, welche mit dem Bauwesen Berührungspunkte aufweisen, z. B. die schon zitierte Feuerordnung von 1819, das Wasserbaupolizeigesetz, das Gewerbegesetz und andere. (Siehe § 3.)

So haben mehrere gesetzgeberische Erlasse zur Verbesserung der baupolizeilichen Verhältnisse beigetragen, aber ein eigentliches, grundlegendes kantonales Baugesetz, welches einen ganzen Katalog von Baupolizeivorschriften aufstellte, oder das den Gemeinden vorbehaltlos das Recht eingeräumt hätte, in Baureglementen das Bauwesen bis in alle Einzelheiten zu regeln, gab es nicht.

In den Gemeinden machte sich das Bedürfnis geltend, Baureglemente aufzustellen, und es gab auch schon in vielen Gemeinden solche Reglemente, aber es fehlte ihnen die gesetzliche Grundlage, wie sich dann in einem Entscheid des Bundesgerichts herausstellte.

Die Stadt Bern hatte ein Baureglement vom Jahr 1828, welches dann abgelöst wurde durch das Baureglement von 1839, das aber nur für die innere Stadt Geltung hatte. Es galt auch noch nach Erlaß der Bauordnung für den Stadtbezirk

von 1877. Beide Reglemente wurden erst ersetzt durch die geltende Bauordnung der Stadt Bern vom Jahr 1908, welche nun ersetzt werden soll durch eine heute im Entwurf vorliegende Bauordnung.

Neben den Bauordnungen der Stadt Bern finden wir die ältesten Bauordnungen in Biel (1857), Zweisimmen (1862), Corgémont (1865), Oberhofen (1865), Burgdorf 1866), Wangen a. A. (1875), Strättligen (1877)[1]).

Diese Baureglemente hatten nicht einen ausschließlichen baupolizeilichen Charakter, sondern enthielten auch privatrechtliche Bestimmungen, welche das Nachbarrecht des bernischen Zivilgesetzbuches ergänzten. Die Rechtsgültigkeit solcher Vorschriften wurde verschiedentlich angefochten, aber ein Urteil des bernischen Appellationshofes aus dem Jahre 1884 schützte sie[2]).

Auf einen staatsrechtlichen Rekurs hin wegen Verletzung der Eigentumsgarantie, wurde die Rechtskraft aller dieser Reglemente verneint. Es handelt sich um einen Entscheid aus dem Jahre 1880, der dann die eigentliche Veranlassung zum Erlaß des Alignementsgesetzes gab[3]).

Im Jahre 1857 hatte die Einwohnergemeinde Biel einen Alignementsplan und ein Baureglement angenommen, welches vorschrieb, daß sich die Bauenden genau an die im Bauplan aufgestellten Straßenlinien zu halten haben, ferner, daß jedermann verpflichtet sei, gegen volle Entschädigung das nötige Grundeigentum abzutreten zur Anlage der im Plan vorgesehenen Straßen und Plätze. Bauplan und Baureglement wurden durch den Großen Rat genehmigt. Ein neues Reglement vom Jahre 1878, welches im wesentlichen mit dem früheren übereinstimmt, wurde vom Großen Rat des Kantons Bern ebenfalls genehmigt, trotzdem von verschiedenen Seiten Einsprachen erhoben worden waren. Eine Witwe Ver-

---

1) W. Schacht: Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigentums nach dem im Kanton Bern geltenden Recht. Diss. Bern 1910 S. 52.

2) Zeitschrift d. bern. Juristenvereins Bd. 21 S. 286.

3) B. G. E. IV. 586 ff.

dan, Eigentümerin eines Grundstückes, welches durch zwei im Alignementsplan projektierte Straßen durchschnitten werden sollte, gelangte nach Abweisung ihrer Einsprache durch den Großen Rat mit einem staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, indem sie geltend machte, daß durch die Trassierung der fraglichen Wege durch ihr Grundstück und die sich daraus ergebende Beschränkung der Baufreiheit, ihr Eigentum erheblich entwertet worden sei. Angesichts der bernischen Staatsverfassung sei eine solche Beschränkung nicht zulässig, denn Art. 83 statuiere die Unverletzlichkeit des Privateigentums. Danach sei eine Abtretung des Eigentums nur erzwingbar, wenn sie im öffentlichen Interesse liege und auch dann nur gegen vollständige Entschädigung. Die Rekurrentin stellte sich daher auf den Standpunkt, das betreffende Baureglement der Stadt Biel verstoße gegen Art. 83 der bernischen Staatsverfassung und gegen das Gesetz über die Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigentums vom 3. September 1868, indem das Baureglement den betroffenen Grundeigentümern schon jetzt eine Überbauung des zukünftigen Straßenterrains untersage, ohne für diese Eigentumsbeschränkung irgend eine Entschädigung vorzusehen. Die Gemeinde Biel belege also das fragliche Grundstück mit einer servitus non tollendi, ohne dafür das Expropriationsverfahren einzuleiten und durchzuführen. Die Witwe Verdan verlangte daher die Aufhebung des Alignementsplanes und des dazugehörigen Baureglementes, weil verfassungswidrig, eventuell die Ausrichtung einer Entschädigung.

Die Gemeinde Biel legte in ihrer Antwort dar, die verfassungsmäßige Garantie der Unverletzlichkeit des Eigentums schließe das Recht der gesetzgebenden Behörden, dem Eigentum im öffentlichen Interesse Beschränkungen, auch unentgeltliche, aufzulegen, keineswegs aus. Das Eigentum könne, wie die zahlreichen in dieser Hinsicht bestehenden Gesetze zeigen würden, den verschiedensten publizistischen und privatrechtlichen Beschränkungen durch den Gesetzgeber unterworfen werden. Die verfassungsmäßige Garantie der Un-

verletzlichkeit des Eigentums habe nur die Bedeutung einer ernsten Mahnung an den Gesetzgeber, damit dieser bei Einführung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen ein vernünftiges Maß nicht überschreite. Dies sei durch das Baureglement der Stadt Biel und den Alignementsplan nicht geschehen.

Das Bundesgericht wies die Rekursbegehren um Aufhebung des Alignementsplanes und des Baureglementes ab, mit der Begründung, die Auflage einer Baubeschränkung auf das Grundeigentum sei nicht verfassungswidrig, sondern dies könne auf dem Expropriationsweg in rechtsgültiger Weise geschehen. Die betreffenden Bestimmungen des Alignementsplanes und des Baureglements könnten nicht an sich, sondern nur insofern als verfassungswidrig angefochten werden, als durch dieselben eine Entschädigung für die auferlegten Beschränkungen verweigert werde. Dagegen wurde das zweite Begehren zugesprochen, d. h. das Bundesgericht stellte fest, daß der Alignementsplan und das Baureglement nur unter dem Vorbehalt zu Recht bestehen könnten, daß der Rekurrentin für die Baubeschränkung vollständige Entschädigung geleistet werde nach Maßgabe der Verfassung und des Expropriationsgesetzes. Zur Begründung führt das Bundesgericht aus, es sei zwar richtig, daß die Eigentumsgarantie die Befugnis der Gesetzgebung nicht ausschließe, den Inhalt des Eigentums näher zu bestimmen, und zwar ohne daß für diese Beschränkungen Entschädigung geleistet werden müsse. Solche Beschränkungen könnten aber nur auf dem Wege der Gesetzgebung den Eigentümern auferlegt werden, nicht durch bloße Verwaltungsanordnungen, wie es in casu geschehen sei. Der Beschluß des Großen Rates des Kantons Bern von 1879, durch welchen der Alignementsplan und das Baureglement der Gemeinde Biel genehmigt wurden, sei kein Gesetz, sondern nur ein Verwaltungsakt.

In einem andern Entscheid des Bundesgerichts, der sich mit einer Beschwerde gegen die Bauordnung für den Stadtbezirk Bern vom 20. Dezember 1877 und die Stadterweite-

rungsverordnung vom 5. Mai 1869 befaßte, kam das Bundesgericht zum genau gleichen Resultat, indem es den früheren Entscheid im Falle der Witwe Verdan bestätigte und die betreffenden Reglementsbestimmungen der Gemeinde Bern wegen Fehlens der gesetzlichen Grundlage als verfassungswidrig aufhob[4]).

Infolgedessen richteten die Städte Biel und Bern an den Großen Rat des Kantons Bern eine längere Eingabe, in der sie anregen, es möchte ein Baugesetz erlassen werden, worin der Grundsatz der unentgeltlichen Baubeschränkungen enthalten sei. Später wurde im Großen Rat eine von einer Reihe von Mitgliedern unterzeichnete Motion angekündigt, diesen Gegenstand betreffend. Daraufhin nahm die Regierung die Angelegenheit an die Hand und erteilte der Justizdirektion den Auftrag, über die Eigentumsbeschränkungen durch die Bestimmungen der Alignementspläne und Baureglemente einen Gesetzesentwurf auszuarbeiten.

II. Das Alignementsgesetz:

Um den Baureglementen und Alignementsplänen, ohne welche namentlich die Städte nicht auskamen, und den durch diese geschaffenen Eigentumsbeschränkungen eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, wurde das Gesetz vom 15. Juli 1894 betreffend die Aufstellung von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden erlassen.

Wie sich schon aus dem Titel dieses Gesetzes vermuten läßt, sind die materiellen Bauvorschriften nicht dem Staat vorbehalten worden, sondern das Gesetz sieht vielmehr vor, daß sie von den Gemeinden erlassen werden können. Es war nicht angezeigt, für den ganzen Kanton in materiell-baupolizeilicher Hinsicht einheitliche Bestimmungen aufzustellen. Man sagte sich mit Recht, daß für die vom Föhn heimgesuchten Gemeinden des Oberlandes andere Bestimmungen aufgestellt werden müßten als für alle andern. Sogar innerhalb

---

[4]) B. G. E. XIII. 281.

einzelner Städte und Ortschaften gab es zur Zeit des Erlasses des Alignementsgesetzes verschiedene Vorschriften. So hatte nicht nur Bern mit seinen Außenquartieren eine verschiedene Bauordnung für den alten Stadtteil und die äußeren Bezirke, wie Mattenhof, Länggasse und Lorraine, sondern sogar Wangen hatte verschiedene Bestimmungen über das Bauen innerhalb und außerhalb des Städtchens. Eine einheitliche Bauordnung für das ganze Kantonsgebiet hätte den bestehenden tatsächlichen Verhältnissen Gewalt antun müssen. Ein derartiges Gesetz wäre im Volk auf Widerstand gestoßen, da im Baupolizeirecht die Städte, die kleinen und größeren Ortschaften und Dörfer mit ihren verschiedenen Verhältnissen und Bedürfnissen einer ganz verschiedenen Behandlung bedürfen. Man mußte sich daher damit begnügen, um wenigstens der herrschenden Unsicherheit ein Ende zu bereiten, den Gemeinden das Recht zur Aufstellung der ihnen notwendig erscheinenden Bestimmungen einzuräumen. Diesem Bedürfnis hat das Alignementsgesetz Rechnung getragen. Sein grundlegender Artikel 1 bestimmt daher folgendes:

„Den Gemeinden wird die Befugnis eingeräumt, für ihr ganzes Gebiet oder für einzelne Teile desselben Alignementspläne und Baupolizeivorschriften mit allgemeiner Verbindlichkeit aufzustellen.

Ist ein größerer Teil einer Ortschaft durch Brand oder andere Ereignisse zerstört worden, so kann die Gemeinde durch den Regierungsrat zur Aufstellung von Alignementsplänen angehalten werden."

In diesem Artikel wird der Grundsatz ausgesprochen, daß die Gemeinden, in Betracht fallen der Natur der Sache nach nur die Einwohnergemeinden und deren Unterabteilungen, sowie die gemischten Gemeinden, baupolizeiliche Vorschriften aufstellen dürfen, ganz gleich, wie es der kantonale Gesetzgeber tun könnte und wie es andere Kantone teilweise auch selbst tun. Die in Art. 1 enthaltene Delegation ermächtigt die Gemeinden, Rechtsvorschriften aufzustellen,

auch unter Androhung von Strafen im Falle der Nichtbeobachtung oder Widerhandlung gegen dieselben[5]).

Indem die Gesetzgebung den Gemeinden die Befugnis zum Erlaß von Reglementen erteilt, stellt sie es regelmäßig zugleich in ihr freies Ermessen, ob und wie sie von derselben, bei Würdigung ihrer Verhältnisse, Gebrauch machen wollen.

Eine Pflicht zur Ausübung der delegierten Gewalt ist für die Gemeindebehörden regelmäßig nur in dem allgemeinen Sinne begründet, als für sie überhaupt die amtliche Pflicht besteht, die ihr zu Gebote stehenden Machtmittel zur bestmöglichen Erfüllung ihrer Aufgaben, d. h. der Sorge für die Sicherheit und das Wohl der Gemeinschaft, zu verwenden. Dem gegenüber kann allerdings auch das delegierende Gesetz ausdrücklich oder dem Sinne nach die Gemeindebehörden in spezieller Weise zum Erlaß der vorgesehenen Reglementsbestimmungen rechtlich verpflichten und so das freie Ermessen derselben über die Ausübung ihrer Befugnisse mehr oder weniger beschränken. Es wird dies insbesondere dort der Fall sein, wo das Gesetz eine Einzelmaterie, deren rechtliche Ordnung es für nötig erachtet, zur ausschließlichen Regelung durch Gemeindereglemente, nach Maßgabe der örtlichen Interessen, an die Selbstverwaltungskörper weist, oder wo die der Gemeinde zur Aufstellung überwiesenen Erlasse den Charakter von Ausführungsbestimmungen haben, ohne welche die übrigen Bestimmungen des die Delegation enthaltenden Gesetzes nicht in Wirksamkeit treten können.

Alinea 1 des Art. 1 spricht nur von einer Berechtigung der Gemeinden zur Aufstellung von baupolizeilichen Vorschriften. In Alinea 2 hat man aber darauf Bedacht genommen, daß, wenn eine Gemeinde einen Alignementsplan und ein Baureglement nicht aufstellen will, obschon ein Bedürfnis dafür besteht (wie es z. B. in Meiringen der Fall war), sie dazu gezwungen werden kann.

---

[5]) Art. 4 des Gemeindegesetzes.

Irgendwelche Schranken oder Vorbehalte in materiellrechtlicher Hinsicht werden in Art. 1 des Alignementsgesetzes nicht gemacht. Nach Art. 1 können die Alignementspläne und Baupolizeireglemente der Gemeinden alle möglichen Vorschriften enthalten, wie sie das moderne Baupolizeirecht entwickelt hat. Der Art. 1 gibt den Gemeinden gewissermaßen Generalvollmacht, indem er ihnen die Ausgestaltung ihres Baupolizeirechts vollkommen überläßt.

Trotzdem ist das Recht der Gemeinden nicht ganz schrankenlos. Schon das Alignementsgesetz selber stellt ausnahmsweise Vorschriften auf, an die sich die Gemeinden zu halten haben. (Z. B. betreffend der Entschädigung für Baubeschränkungen, vergl. die Art. 13 und 16 des Alignementsgesetzes.) Anderseits gibt es im ganzen Rechtssytem zerstreute Vorschriften, an denen sich die Baupolizeivorschriften der Gemeinden brechen, wie wir später noch darlegen werden.

Die Art. 2—5 enthalten einige allgemeine Richtlinien und Grundsätze, nach welchen die Alignementspläne anzulegen sind und wollen den Art. 1 nicht einschränken, sondern geben eher eine beispielsweise Erläuterung dazu. Dies wird bestätigt durch Art. 18 des Alignementsgesetzes. Dieser Artikel, mit seinen Ergänzungen vom 4. November 1900 und vom 3. November 1907, ist neben Art. 1 für die Berechtigung der bernischen Gemeinden zum Erlaß baupolizeilicher Vorschriften von grundlegender Bedeutung. Art. 18 lautet:

„Den Gemeinden liegt die Erlassung aller baupolizeilicher Vorschriften ob, welche im Interesse des Verkehrs, der Gesundheit, der Feuersicherheit und der soliden Erstellung und Instandhaltung der Bauten, sowie zur Verhütung von Verunstaltungen erforderlich sind, soweit nicht schon staatliche Vorschriften über den betreffenden Gegenstand bestehen.

Überdies können von den Gemeinden Vorschriften aufgestellt werden

1. über die nachbarlichen Verhältnisse, welche mit dem Bauwesen im Zusammenhang stehen,....."

Das Alinea 1 dieses Artikels soll die Grundlage bilden für ein ganzes System von Vorschriften, welche die Gemeinden erlassen können, sofern sie baupolizeilicher Natur sind. Aber neben dieser schon aus Art. 1 sich ergebenden Kompetenz werden den Gemeindereglementen in Art. 18 noch eine Reihe weiterer Punkte vorbehalten, die sich aus baupolizeilichen Momenten und Kompetenzgründen nicht völlig erklären würden. So enthält die Ziff. 1 die wichtige Regel, daß die Gemeinden auch über nachbarliche Verhältnisse, welche mit dem Bauwesen in Zusammhang stehen, Vorschriften aufstellen dürfen. Es hatte sich nämlich bei Erlaß des Gesetzes gezeigt, daß in den schon bestehenden Baureglementen der Gemeinden Vorschriften enthalten waren, die nicht rein baupolizeilicher Natur zu sein schienen. So schrieben beispielsweise einige Baupolizeireglemente vor, es dürfe bei der Ausführung von Bauten das Nachbargrundstück in beschränktem Maß betreten werden, es dürfe Material darauf abgelegt und Sicherheitsmaßnahmen getroffen werden, z. B. Anbringen von Stützbalken usw. Es handelte sich also um Vorschriften, die mehr nachbarrechtlicher Natur waren und somit das Nachbarrecht des altbernischen Zivilgesetzbuches ergänzen wollten. Um auch diesen Vorschriften, denen vor dem Alignementsgesetz jede gesetzliche Grundlage fehlte, eine solche zu verschaffen, wurde Art. 18 Ziff. 1 aufgenommen.

Auch seit Inkrafttreten des schweizerischen Zivilgesetzbuches dürfen die Kantone Vorschriften nachbarrechtlicher Natur, welche das Bauwesen betreffen, gemäß Art. 686 Z.G.B., aufstellen. Dabei ist es den Kantonen anheimgestellt, ob sie von diesem Recht selber Gebrauch machen oder ob sie die Gemeinden mit der Erfüllung dieser Aufgabe ermächtigen wollen, wie es das bernische Gesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Mai 1911, Art. 79. getan hat. Nach Art. 79 lit. a sind die Gemeinden berechtigt, die Abstände von der Grenze festzusetzen, die für

Mauern und Wände eingehalten werden müssen. Das letzte Alinea behält dann die Bestimmungen des Alignementsgesetzes von 1894, sowie die auf Grund desselben erlassenen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Bestimmungen der Gemeinden vor.

Zweifellos sind somit die bernischen Gemeinden berechtigt, in ihren Baureglementen nicht nur Bestimmungen öffentlichrechtlicher Natur, sondern auch zivilrechtliche Vorschriften aufzustellen[6]).

Die Darstellung der im Alignementsgesetz enthaltenen Vorschriften formeller Natur über das Verfahren bei der Aufstellung der Alignementspläne und Baureglemente, die Voraussetzungen der Rechtskraft derselben, fällt aus dem Rahmen dieser Arbeit. Die Folgen der Genehmigung der Alignementspläne sind im bernischen Recht dieselben, wie sie andere Gesetze auch vorsehen, nämlich das Verbot des Bauens auf dem Terrain, das nach dem Plan für die Anlage der Straßen und Plätze vorgesehen ist. Mit der Genehmigung der Alignementspläne durch den Regierungsrat erhält die Gemeinde daß Expropriationsrecht für die zum Bau der Straßen nötigen Flächen[7]).

---

[6]) Z. b. J. V. 41, 154, 50, 51.

[7]) Art. 6 ff des Alignementsgesetzes.

II. Kapitel.

Die verfassungsmäßigen Grenzen der Gemeindebauordnungen.

§ 4.

Allgemeines.

Eine Dezentralisation ist im modernen Staat mit seiner großen räumlichen Ausdehnung und den stets wachsenden Aufgaben praktisch nicht zu umgehen. Eine Art der praktischen Durchführung der Dezentralisation besteht darin, daß ein Teil der öffentlichen Aufgaben nicht vom Staat und nicht von Staatsbehörden selber, sondern von selbständigen, staatsähnlichen Verbänden, den Gemeinden, besorgt wird. Diese, obwohl ein Glied des staatlichen Verwaltungsorganismus, haben auch eine weitgehende wirtschaftliche und verwaltungsrechtliche Selbständigkeit, nach innen und außen, dem Staat gegenüber, welche wir als Autonomie bezeichnen. Kraft dieser Autonomie ist die Gemeinde zur Selbstgesetzgebung, zur Aufstellung von Rechtsnormen befugt (Gemeindereglemente, Gemeindestatuten). Die Gemeinde als autonome Körperschaft vermag aber nur Rechtssätze zu schaffen für ihren persönlichen und sachlichen Bereich, d. h. nur für ihr Gebiet und die auf diesem Territorium sich befindenden Personen. Die autonome Selbstgesetzgebung der Gemeinde bedarf einer rechtlichen Grundlage. Der Umfang der Autonomie wird bestimmt durch die Verfassung und durch die staatliche Gesetzgebung. Kein autonomer Rechtssatz darf in den staatlichen Machtbereich eingreifen und ebensowenig im Widerspruch zur staatlichen Verfassung und zu den Gesetzen des Staates

stehen. Das autonome Recht der Gemeinde ist für den Bürger verbindlich solang und soweit es vom übergeordneten Staat anerkannt wird, und nur im Rahmen der staatlichen Gesetzgebung. Nur solang das Staatsgesetz der Gemeinde die Satzungsgewalt gewährt, hat sie ein Recht darauf. Der staatliche Gesetzgeber hat es in der Hand, jederzeit den Umfang der Gemeindegesetzgebung zu ändern. Durch Verfassungs- oder Gesetzesrevision kann der Umfang der Satzungsgewalt erweitert oder verengert werden. Die Satzungsgewalt könnte der Gemeinde auch ganz entzogen werden. Gegenpol der Gemeindeautonomie ist die Aufsicht des Staates über die Gemeinde, die dafür zu sorgen hat, daß die Gemeinde jene ihr gesetzten Schranken nicht überschreitet. Die ungesetzliche Erfüllung der der Gemeinde zustehenden Aufgaben berührt auch die staatlichen Interessen und kann diese gefährden. Der Staat wacht besonders darüber, daß die Gemeinde nicht in seine Machtsphäre hinübergreift. Durch die Statuierung der Genehmigungspflicht aller Gemeindereglemente und Gemeindestatuten sichert sich der Staat die Kontrolle über die Gemeindeselbstgesetzgebung. Er verweigert die Genehmigung der Reglemente, wenn sie mit einer staatlichen Vorschrift kollidieren.

Auch den bernischen Gemeinden steht die Besorgung der ihr durch staatliche Erlasse übertragenen oder überlassenen Aufgaben zu[1]). Dazu gehört besonders die Ortspolizei (Sicherheitspolizei, Niederlassungswesen, Bestattungswesen, Straßen- und Baupolizei, Feuer-, Gewerbe-, Feld- und Flurpolizei). Die Polizei hat historisch ihren Ursprung in den Gemeinden, aber mit der Entwicklung der staatlichen Organisation hat die Polizei mehr und mehr ihren Charakter als reine Lokalverwaltung verloren. Je mehr die Staatsgewalt erstarkte und auch inhaltlich sich erweiterte, desto mehr dehnte sich ihr Wirkungskreis auf die polizeiliche Tätigkeit

---

1) Über die Autonomie der bern. Gemeinde vergl. Staatsverfassung des Kantons Bern von 1893 Art. 65, 68, 75 und Gemeindegesetz Art. 2 und 3.

aus. Der moderne Staat hat die Ortspolizei zwar nicht beseitigt, wohl aber ihre rechtlichen Grundlagen geändert, indem der Gemeinde dieser Wirkungskreis zwar gelassen worden ist, allein er wird vom Staatswillen abgegrenzt, und der Staat hat kraft seiner Machtvollkommenheit das Recht, die Ortspolizei in seinen eigenen Wirkungskreis einzubeziehen. Um so mehr hat der Staat das Recht, zu verlangen, daß die Gemeinde sich bei der Umschreibung und Betätigung dieser ortspolizeilichen Aufgaben innerhalb der vom Staat gezogenen Schranken halte.

Aus dem Begriff der Gemeindeautonomie folgt, daß in die Bauordnungen und Baureglemente der bernischen Gemeinden keine Bestimmungen aufgenommen werden dürfen, welche mit den Gesetzen oder Verordnungen einer höheren Instanz in Widerspruch stehen. Deshalb haben sich die Gemeindebauordnungen in erster Linie innerhalb der Bundesverfassung zu halten und dafür zu sorgen, daß sie nichts vorschreiben, was mit jener nicht vereinbar ist, denn solche Vorschriften hätten keinen Bestand. Was für die Bundesverfassung gilt, gilt auch für die Bundesgesetze, Bundesbeschlüsse und Verordnungen des Bundes, oder wie sich diese bundesrechtlichen Erlasse auch nennen mögen. Wenn Bundesrecht kantonales Recht bricht, so hat umsomehr das von den Gemeinden gesetzte Recht dem Bundesrecht zu weichen, wenn ein Widerspruch zwischen den beiden Rechtsgebieten entstehen würde.

Es wäre möglich, daß ein Baureglement einer bernischen Gemeinde mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, mit Art. 4 der Bundesverfassung oder mit der Eisenbahngesetzgebung in Konflikt kommen könnte. Es greifen ferner die Gemeinden mit ihren Reglementen über die Baupolizei auch in das Gebiet des Zivilrechts ein, wobei die Gefahr besteht, daß sie mit dem Zivilgesetzbuch in Konflikt kommen.

Auch innerhalb des kantonalen Rechts sind den Gemeinden ihre Kompetenzen nur in den Schranken der Kantons-

verfassung und der kantonalen Gesetzgebung gewährleistet, was sich aus dem Begriff der Autonomie ergibt. Die Gemeinden müssen deshalb auch prüfen, ob ihre Baureglemente nicht an irgend einem Satz des kantonalen Rechts anstoßen. Nach Art. 4 des Gemeindegesetzes von 1917, Art. 1 und 18 des Alignementsgesetzes und Art. 79 des Einführungsgesetzes zum Z.G.B. haben die Gemeinden die Berechtigung, Baureglemente aufzustellen, ohne daß jene Bestimmungen, welche die Delegation mehrfach aussprechen, wesentliche Vorbehalte machen. Trotzdem sind den Gemeinden auch nach kantonalem Recht verschiedene Schranken gesetzt, die in der Verfassung und den kantonalen Gesetzen und Dekreten zerstreut liegen.

Die Gemeindebauordnungen greifen in weitgehendem Umfang in das Privateigentum ein, und es fragt sich daher, ob die Gemeinden dabei nicht in Konflikt kommen mit der in Art. 89 der bernischen Staatsverfassung garantierten Unverletzlichkeit des Eigentums. Neben dieser im Baupolizeiwesen am häufigsten angerufenen Bestimmung der Verfassung, ist ein Vorbehalt zu machen zu Gunsten aller derjenigen in das Baupolizeiwesen einschlagenden Bestimmungen, wie sie in § 3, IV hiervor aufgezählt worden sind. (Einführungsgesetz, Straßenpolizeigesetz, Forstgesetz, Wasserbaupolizei usw.[2])

Die Gemeindevorschriften finden somit ihre Schranken in den im § 3 erwähnten bundesrechtlichen und kantonalrechtlichen Quellen des Baupolizeirechts und den diese berührenden Gebieten. Im folgenden soll nun noch untersucht werden, ob die Eigentumsgarantie der bernischen Staatsverfassung, die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit der Bundesverfassung oder die Eisenbahngesetzgebung des Bundes, eine Schranke der Gemeindebauordnungen bilden können.

---

[2]) Vergleiche einen Konfliktfall in der Baupolizei zwischen Stadt und Kanton Luzern im Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung Bd. XXIII S. 60.

1. Unterabschnitt.

Bauordnung und Eigentumsgarantie.

§ 5.

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums.

I. Einleitung.

1. Das Privateigentum bildet die Grundlage der heutigen Gesellschaftsordnung. Umgekehrt sieht sich der Staat auf Schritt und Tritt vor Aufgaben gestellt, deren Lösung ohne das Vorhandensein gewisser staatlicher Befugnisse, in das Eigentum der Bürger einzugreifen, nicht denkbar wäre. Das Problem einer zweckmäßigen und gerechten Abgrenzung zwischen dem Staat als Vertreter des öffentlichen Interesses und den dem Eigentum innewohnenden Befugnissen, gehört denn auch zu den wichtigsten Problemen der Gegenwart und Vergangenheit. Der Aufgabenkreis des Staates erweitert sich zusehends. Immer neue Gebiete werden verwaltungsrechtlicher Regelungen unterworfen, und damit wächst auch die Gefahr, daß der Staat bei Erfüllung seiner Aufgaben in die Privatrechtssphäre eingreift.

Der Grundsatz, Eigentum sei unverletzlich, den wir in den meisten modernen Verfassungen finden, kann offenbar nicht so aufgefaßt werden, wie es der Wortlaut in der Regel auszudrücken scheint. Was jene Verfassungsbestimmungen als Eigentum schützen wollen, bedarf einer genauen, einschränkenden Umschreibung. Es muß klar gelegt werden, in welchen Fällen doch vielleicht eine „Verletzung“ des Eigentums zulässig ist, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form. Zur Lösung dieser Aufgabe ist es nützlich, in der geschichtlichen Entwicklung die wechselnde Stellungnahme des Staates zum Eigentum festzustellen.

2. Das Verhältnis der römischen Staatsgewalt zum Eigentum läßt sich dadurch charakterisieren, daß das öffentliche

Wohl, als das oberste Gesetz, das Verhältnis des Privateigentums zum Staat beherrschte[1]).

Über bewegliches und unbewegliches Eigentum konnte durch Akt der Staatsgewalt im öffentlichen Interesse verfügt werden. Sofern einem bestimmten Individuum ein konkretes Eigentumsobjekt entzogen wurde, pflegte Entschädigung geleistet zu werden aus Billigkeitsgründen. Es galt als selbstverständlich, daß in Kollisionsfällen des öffentlichen Wohls mit Rechten der Einzelnen die letzteren zurücktreten mußten, denn der Einzelne galt als dienendes Glied, das sich nicht auf gleichwertige aprioristische Rechte berufen konnte.

3. Ganz anders war die Einstellung des Staates zum Einzeleigentum im frühen Mittelalter. Diesem war die Idee des Rechtsstaates eigentümlich, in dem Sinne, daß niemals zweifelhaft war, daß es für die Staatsgewalt bindende rechtliche Schranken gebe, jenseits welcher ihre Herrschermacht und die Gehorsamspflicht der Untertanen fortfalle[2]). Erschien in spätrömischer Zeit das Eigentum gegenüber dem princeps fast schutzlos, so war im Mittelalter umgekehrt die individuelle Freiheit das Höchste, indem der Staat das Privateigentum entschieden achtete. In den Volksrechten findet sich z. B. von einer Befugnis des Staates, nötigenfalls Privateigentum für sich in Anspruch zu nehmen, kein Wort. Erst die italienische und gemeinrechtliche Lehre hat die im römischen Reich abgebrochene Entwicklung wieder aufgenommen[3]).

---

1) G. Meyer, Das Recht der Expropriation, Leipzig 1868 S. 9 ff. Grünhut: Enteignungsrecht, Wien 1873 S. 18 ff. Meyers Untersuchungen über die Stellung des römischen Staates zum Privateigentum seiner Bürger haben mit der bis dahin herrschenden irrigen Vorstellung aufgeräumt. Zweifellos war schon im römischen Recht die Enteignung zulässig. Die von andern Schriftstellern zum Beweis der Unentziehbarkeit des Privateigentums angeführten Kodexstellen werden von Meyer als zweifellos in das Privatrecht gehörend verwiesen.

2) Gierke: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Theorien, Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Nr. 7.

3) G. Meyer a. a. O. S. 76 ff. Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Ver-

Einen wesentlichen Fortschritt in der Lehre des Verhältnisses des Staates zum Privateigentum brachte erst Hugo Grotius. Seit Hugo Grotius wurde der Staatsgewalt wieder generell und unbestritten die Befugnis zugesprochen, im Interesse des öffentlichen Wohls die Entziehung oder Beschränkung des Privateigentums gegen Entschädigung vorzunehmen. Der emporkommende Polizeistaat schließlich stellte den Wohlfahrtszweck in den Vordergrund und schritt über die im Wege liegenden Rechte der Einzelnen hinweg, wenn auch meist gegen Schadloshaltung[4]).

Viel früher als in Deutschland finden sich Eingriffe der monarchischen Gewalt in das Eigentum in Frankreich, da dort die absolute Gewalt früher zur Ausbildung gelangte. Das Recht, für den einzelnen Fall die Expropriation auszusprechen, galt als Ausfluß der königlichen Machtfülle. Zur Zeit der absoluten Monarchie, wo der König sowohl alleiniger Inhaber der gesetzgebenden Gewalt, als auch der Exekutive war, zeigte sich kein Bedürfnis, allgemeine Normen über eine Befugnis aufzustellen, welche der König auch ohne diese im konkreten Fall ganz nach Belieben ausüben konnte[5]).

Auch auf deutschem Boden vollzog sich eine analoge Entwicklung. Dem unentwickelten Staat des Mittelalters gegenüber konnte der altgermanische Satz von der Unantastbarkeit des Vermögens, den Fall der Strafe ausgenommen, fast uneingeschränkte Geltung besitzen. Je weiter sich aber der Staatsgedanke entwickelte, desto mehr gewann die Möglichkeit eines rechtlich zulässigen Eingriffs der Staatsgewalt in den individuellen Rechtskreis an Wert und Bedeutung[6]).

Die Verletzung des Privateigentums durch die Staatsgewalt auf dem Wege der Expropriation oder durch Eigentumsbeschränkungen war eine Verwaltungsmaßregel gewor-

---

mögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, Verwaltungsarchiv Bd. V S. 76.

4) Gierke: Althusius S. 281 ff.

5) G. Meyer a. a. O. 131.

6) Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 336.

den, gegen deren rechtliche Zulässigkeit die theoretischen Bedenken allmählich verstummten. Ihre Aufnahme in die Kodifikationen erhob sie vollends zum Rechtsinstitut. Die Kodifikation des Enteignungsrechts war ein Ausfluß der gesamten Zeitströmung, die in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts gegen die schrankenlosen Eingriffe des Polizeistaates in das Privateigentum zu reagieren begann. Die Proklamation des Eigentums als menschliches Grundrecht war das Resultat dieser Zeitströmung. Die Entziehung und Beschränkung des Eigentums durch die öffentliche Gewalt mußte legalisiert werden, da die wirtschaftlichen Anforderungen der Neuzeit, besonders auf dem Gebiet des Verkehrswesens, solche Akte in immer zahlreicheren Fällen notwendig machte.

4. Den Grundsatz der Unverletzlichkeit des Privateigentums finden wir zuerst ausgesprochen in der virginischen bill of rights vom 12. Juni 1776[7]). In Europa treffen wir den Grundsatz zuerst in der „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen", welche die Einleitung der Verfassung vom 14. September 1791 bildete[8]). Dadurch war für die meisten Verfassungen der späteren Zeit die rechtliche Formulierung der Eigentumsgarantie gegeben. Nach dem Vorbild der französischen Verfassung wurde auch in den meisten deutschen und anderen ausländischen Verfassungen neben der Proklamierung der Unverletzlichkeit des Eigentums unmittelbar darauf der Fall der Expropriation vorgesehen und durch bestimmte Kautelen beschränkt.

Art. 89 der bernischen Staatsverfassung vom 4. Juni 1893 lautet:

„Alles Eigentum ist unverletzlich. Wenn das gemeine Wohl die Abtretung eines Gegenstandes desselben erfordert, so geschieht dieselbe nur gegen vollständige und wenn mög-

---

7) Jellinek: Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte S. 13.

8) La constitution garantit l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique légalement constatée exigerait le sacrifice.

lich vorherige Entschädigung. Die Ausmittlung des Betrages der Entschädigung ist Sache der Gerichte."

Die Bundesverfassung von 1874 enthält den Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums nicht, wenigstens wird er nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Art. 23 der Bundesverfassung garantiert keine individuellen Rechte, sondern regliert nur das Recht des Bundes, öffentliche Werke zu errichten und zu diesem Zweck zu exproprieren[9]). Es wird aber die Meinung vertreten, daß in der schweizerischen Eidgenossenschaft bundesrechtlich der Satz der Unverletzlichkeit des Eigentums gelte, genau so wie in andern Staaten und in den Kantonen, welche eine spezielle Verfassungsbestimmung kennen. Die Eigentumsgarantie sei stillschweigend auch in der Bundesverfassung enthalten, sie habe als notwendige Grundlage jeder Rechtsordnung zu gelten, wenn sie auch nicht ausdrücklich in der Verfassung niedergelegt sei[10]). Für die Annahme einer stillschweigenden Eigentumsgarantie im Bundesrecht lassen sich anführen der Art. 23 der Bundesverfassung und die eidgenössische Expropriationsgesetzgebung. Die Verfassung des Kantons Graubünden enthält z. B. den Grundsatz der Gewaltentrennung nicht ausdrücklich, aber trotzdem hat das Bundesgericht sich für die Geltung dieses Prinzips auch im Kanton Graubünden ausgesprochen, da sich dies aus der Tatsache ableiten lasse, daß die Verfassung die verschiedenen Staatsfunktionen verschiedenen Behörden zuweise[11]). Es ließe sich auch für den Bund die Eigentumsgarantie aus der Bundesverfassung ableiten mit der Begründung, daß Art. 23 die Expropriation im öffentlichen Interesse gegen Entschädigung zulasse und darin argumento e contrario auch der Gedanke, daß das Eigentum im übrigen unverletzlich sein soll, enthalten sei.

---

[9]) B. G. E. XXII. 379.

[10]) Schollenberger: Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, S. 207. E. Vogt: Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subjektive Privatrechte, S. 2 und 51. Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 76.

[11]) B. G. E. XVI. 74.

Die helvetische Verfassung erwähnte den Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums, und auch der Bundesvertrag von 1815 garantierte die Sicherheit des Eigentums der Klöster und Kapitel. Wenn nun die Bundesverfassung von 1848 den Grundsatz nicht aufgenommen hat, so ist damit noch nicht gesagt, daß man die Eigentumsgarantie beseitigen wollte. Die meisten Kantonsverfassungen enthielten die Eigentumsgarantie und es war daher die Gefahr nicht groß, daß diese mißachtet würde. Bei Aufnahme der verschiedenen Freiheitsrechte in die Bundesverfassung mußte vor allem darauf Bedacht genommen werden, diejenigen Rechte zu garantieren, bei welchen am ehesten die Möglichkeit bestand, daß sie von den Kantonen übergangen würden[12]).

Mit Ausnahme des Kantons Tessin enthalten alle gegenwärtigen Verfassungen der Kantone die Eigentumsgarantie.

II. Die Tragweite des Grundsatzes der Eigentumsgarantie:

Es stellt sich die Frage, worin das zu schützende Eigentum besteht und ob der Verfassungsgrundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums eine Schranke der Gesetzgebung und der Verwaltung sei. Die Ansichten über die grundsätzliche Tragweite und praktische Auswirkung der Eigentumsgarantie und über das verfassungsrechtliche Verhältnis der Staatsgewalt zum Individualeigentum sind trotz der unmißverständlichen Sprache der Verfassungen keineswegs übereinstimmend.

Es muß untersucht werden, welcher Eigentumsbegriff den Verfassungen, die die Eigentumsgarantie enthalten, zugrunde liegt. Wir stellen den Satz an die Spitze, daß das, was die Verfassungen als unverletzlich erklären, nichts anderes sein kann, als das Eigentum, wie es von den meisten modernen Privatrechtsgesetzen definiert wird. Es sagt z. B.

---

12) Gegen das Vorliegen der Eigentumsgarantie in der Bundesverf. spricht sich Burckhardt, Kommentar S. 78 aus. Sie ergebe sich auch nicht aus Art. 4 d. Bundesverf.

§ 903 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches: Der Eigentümer einer Sache kann, so nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen.

Art. 544 des französischen code civil lautet im gleichen Sinn: Le propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par des règlements. Art. 641 Z. G. B. definiert: Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über die Sache verfügen. Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

Das so verstandene und definierte Eigentum trägt in sich schon die begriffliche Einschränkung, daß es in dem jeweiligen Status der Gesetzgebung seinen Inhalt und seine Begrenzung findet. Es kann demnach nicht von einer Verletzung der Eigentumsgarantie gesprochen werden, wenn durch gesetzliche Maßregeln allgemeinen Charakters das Eigentumsrecht der Betroffenen eine generelle Einschränkung der bisherigen Befugnisse erfährt, weil eben das Eigentum seinen jeweiligen Inhalt aus den Gesetzen erhält.

Der Verfassungsgesetzgeber dachte bei der Proklamation der Unverletzlichkeit des Eigentums in der Hauptsache an diejenigen Fälle, in denen der Staat konkrete Eigentumsobjekte mit Beschlag belegt. Den Hauptfall bilden die Expropriation und die derselben verwandten Eingriffe. Jener Verfassungsgrundsatz will nicht die legislative Gewalt in der Bestimmung des Inhaltes des Eigentums binden, sondern nur dieses so bestimmte Eigentum im speziellen Fall den staatlichen Eingriffen gegenüber unter besonderen Schutz stellen[13]).

---

[13]) Vgl. Leemann, Kommentar zum schweiz. Sachenrecht, Art. 641 Note 54. Wieland, Kommentar, zu Art. 641. Wolff in der Festgabe für Kahl: Reichsverfassung und Eigentum.

Schwarz sagt[14]) in Hinsicht auf Art. 9 der preußischen Verfassung vom 31. Januar 1850, welcher das Eigentum als unverletzlich erklärt, wenn ein Gesetz wohlerworbene Rechte aufhebe oder beschränke, so sei eine Anfechtung unmöglich, die Gesetzgebung sei in dieser Hinsicht nicht beschränkt, ein Entschädigungsanspruch sei auch nur dann vorhanden, wenn das Gesetz einen solchen vorsehe. Schwarz bezieht Art. 9 der preußischen Verfassung nur auf die Enteignung von Grundeigentum durch Akte der Verwaltung. Im Falle der Eigentumsbeschränkung könne von einer Verletzung der verfassungsmäßig garantierten Unverletzlichkeit des Eigentums keine Rede sein, weil das Eigentum schon an sich dahin beschränkt sei, daß seine Ausübung nicht in einer das allgemeine Wohl schädigenden Weise erfolgen dürfe.

Die an das Naturrecht erinnernden Ansichten einiger Schriftsteller[15]), wonach das Eigentum schon in vorstaatlicher Zeit bestanden habe, daß es vom Staat nicht geschaffen sei und auch nicht von ihm erhalten werde, folglich eine entschädigungslose Entziehung oder Beschränkung eine mißbräuchliche Verwendung des Rechts der Gesetzgebung sei, ist mit den fundamentalen Begriffen des öffentlichen Rechts von heute nicht mehr vereinbar. Daß das Eigentum vom Staat geschaffen ist und wie jedes andere Privatrecht seinen aktuellen Inhalt vom Gesetz erhält, ist heute die herrschende Ansicht. So sagt z. B. Scheel[16]): „Solange es nicht mit der Gewähr versehen ist, die durch die Rechtsordnung und die hinter ihr stehende Macht des Staates, oder wie nun die Gesamtheit heißt, gegeben wird, ist das Eigentum nur ein tatsächliches Innehaben. Ohne Klage kein Recht, ohne Exekutive keine Klage, ohne Macht keine Exekutive. In diesem

---

14) Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, S. 69.

15) v. Gerber: Grundzüge eines Systems des deutschen Staatrechts Bd. III, S. 221. Zachariä: Deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. II, S. 116. Rüttimann: Das nordamerikanische Bundesrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, S. 215.

16) Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. III, S. 298.

Sinn schafft der Staat erst das Eigentum, wie überhaupt alle Rechtsverhältnisse. Nach dieser Theorie kann man von Beschränkungen des Eigentums nicht wohl reden, weil der Staat ja nicht ursprünglich ein unbeschränktes Privateigentum geschaffen hat, überhaupt nie ein solches zugelassen haben kann; sondern eben die Herrschaft über die Sachgüter, in derjenigen Ausdehnung, welche im Staat aus Erwägung des allgemeinen Wohls den Individuen nach dem jeweiligen Kulturzustand erlaubt erscheint, bildet das Eigentumsrecht. Mit dieser Theorie ist nun allerdings die Natur des Privateigentums als Recht ganz richtig gezeichnet, und es kann ihr auch nicht entgegengehalten werden, daß sie insofern absurd sei, als ja der Staat danach das Privateigentum auch wieder abschaffen könne. Denn daß dem Staat diese Macht innewohnt, läßt sich doch gar nicht leugnen“[17]).

Das Eigentum steht nicht da als starre Größe, sondern der Inhalt desselben ist je nach der Entwicklung der Gesetzgebung und den Bedürfnissen der Zeit dem Wandel unterstellt. Im schweizerischen Recht ist das Eigentum als Privatrechtsinstitut ausgestaltet, aber was wir in Art. 641 Z. G. B. finden, ist keine Bestimmung des Eigentumsbegriffs, sondern nur eine Umschreibung des Eigentumsinhaltes[18]). Ein geordnetes Zusammenleben verlangt eine Begrenzung der Befugnisse des Eigentümers gegenüber den Nachbarn und dem Staat. Unter der beschränkenden Rechtsordnung im Sinne von Art. 641 Z. G. B. ist die gesamte Rechtsordnung zu verstehen, also die Beschränkungen, welche das Privatrecht selber aufstellt und damit den Inhalt des Eigentums bestimmt, daneben aber auch die Regeln des öffentlichen Rechts, welche in das Privateigentum eingreifen.

---

17) Vergleiche auch B. G. E. XII. 1020, Verwaltungsarchiv Bd. VI, S. 275 ff., Bd. XVIII, S. 140 ff., Bd. XIX, S. 43 ff., Biermann: Privatrecht und Polizei in Preußen. S. 120 ff.

18) E. Ruck: Das Eigentum im schweizerischen Verwaltungsrecht, in der Festgabe der Universität Basel für Paul Speiser, 1926.

Wenn wir lesen, das Eigentum sei das Recht der allseitigen Herrschaft über Sachen, oder es sei nach der herrschenden Lehre das Recht der vollständigen Herrschaft über eine Sache, das Vollrecht oder oberste Recht der dinglichen Rechte, so wird „damit entgegen dem Geist des Zivilgesetzbuches der gemeinrechtliche Begriff in das schweizerische Recht eingefügt, obwohl er der tatsächlichen und rechtlichen Grundlage widerspricht, und damit entsteht ein falsches Rechtsbild, dessen Verzeichnung aus juristischen wie aus politischen Gründen abzulehnen ist, um so mehr, als auf Grund dieses irrtümlichen Eigentumsbegriffs immer wieder aussichtslose Prozesse geführt werden, und als in den politischen Kämpfen um das Eigentum immer wieder der als Popanz benutzte gemeinrechtliche Eigentumsbegriff eine verhängnisvolle Rolle spielt“[19]).

Die Betrachtung des Eigentums ohne seine öffentlichrechtliche Seite vermittelt nur ein ganz unvollständiges Bild dieses Rechts. Den Tatsachen entspricht nur ein Eigentumsbegriff, der die Verknüpfung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Merkmale zum Ausdruck bringt. Das Eigentum ist in der Privatrechtsordnung verankert und empfängt seinen positiven Inhalt aus dieser, aber sein Inhalt wird durch öffentliches Recht mitbestimmt, indem das öffentliche Recht in negativer Hinsicht, im Sinne einer Abschwächung der dem Eigentum innewohnenden Befugnisse, dieses abgrenzt und es sozial anhaucht.

Wenn der Gesetzgeber privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen aufstellt, so verletzt er damit die Eigentumsgarantie nicht, sondern der Staat anerkennt dadurch nur die bestehenden, aus der Natur der Sache sich ergebenden untrennbaren Attribute des beschränkten Eigentums. Die Notwendigkeit von nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkungen ist so offensichtlich, daß auch bei Fehlen von gesetzlichen Vorschriften jeder Eigentümer tatsächlich im Ge-

---

19) E. Ruck, a. a. O. S. 20.

brauch seines Eigentums beschränkt wäre gegenüber den gleichen Rechten seiner Nachbarn.

Bei gewissen Beschränkungen, welche das öffentliche Recht dem Eigentum auferlegt, besteht die Gefahr, daß sie das Eigentum verletzen. Aus diesem Grund war es nötig, einen Vorbehalt zu machen in Form der verfassungsmäßig garantierten Unverletzlichkeit des Eigentums. Die Eigentumsgarantie schützt die Individuen namentlich gegen die ungesetzlichen Eingriffe der Verwaltung, aber auch vor dem Gesetzgeber selber. Das Eigentum ist angesichts der Eigentumsgarantie nicht der Gnade und Ungnade des Gesetzgebers ausgeliefert. Die Sachlage ist ganz verschieden, je nachdem es sich um die Entziehung oder eine bloße Beschränkung des Eigentums handelt. Je nachdem das eine oder das andere vorliegt, sind die Voraussetzungen des Eingriffs schwerer oder leichter.

III. Die Bedeutung der Eigentumsgarantie für die Gesetzgebung und Verwaltung, insbesondere nach der Praxis des schweiz. Bundesgerichts.

1. Als Ausnahme von der Eigentumsgarantie lassen die Kantonsverfassungen durchwegs die Expropriation zu. Einige Verfassungen statuieren neben der Expropriation noch andere „Ausnahmen" von der Unverletzlichkeit des Eigentums. So garantiert die Verfassung des Kantons Graubünden das Eigentum mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, und die Verfassung des Kantons Waad sagt, neben der Ausnahme für die Expropriation, „il ne peut être dérogé à ce principe que dans les cas déterminés par la loi". Obschon letzteres eine Besonderheit des Textes der Verfassung des Kantons Waadt ist und keine andere Verfassung einen derartigen Vorbehalt macht, darf angenommen werden, daß die ausländischen Verfassungen und diejenigen der andern Kantone den gleichen Vorbehalt enthalten. Die Expropriation ist nicht die einzige Ausnahme von der Eigentumsgarantie,

sondern unter vielen andern Einschränkungen die wichtigste. Genau gesprochen kann allerdings bei den Eigentumsbeschränkungen im Gegensatz zur Expropriation nicht von Ausnahmen der Eigentumsgarantie gesprochen werden, da ja die Verfassung, wie wir gesehen haben, nur jenes beschränkte Eigentum garantiert. Es gibt also neben der Expropriation noch staatliche Eingriffe in das Privateigentum, ohne daß die formellen und materiellen Voraussetzungen jener gegeben sein müssen. Eine Eigentumsgarantie, welche Eigentumsbeschränkungen nicht zuließe, würde viele soziale Fortschritte verhindern. Damit der Staat die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben erfüllen kann, wird es notwendig, daß er durch Änderung der Gesetzgebung in Privatrechte eingreift. Der Staat hat das Recht, die Rechtsordnung zu ändern, auf den Fortbestand des objektiven Recht gibt es kein Privatrecht[20]). Das Bundesgericht hat sich in dieser Frage wie folgt geäußert[21]): „Dem in Art. 83 der bernischen Staatsverfassung ausgesprochenen Prinzip der Unverletzlichkeit allen Eigentums kann auf keinen Fall die von der Rekurrentin ihm beigelegte Bedeutung zukommen. Auch wenn man dasselbe, was bekanntlich in der Wissenschaft bestritten und hier zu entscheiden nicht erforderlich ist, nicht nur auf die Enteignung im eigentlichen Sinn bezieht, sondern als Schranke der Gesetzgebung betrachtet, so kann doch dadurch keineswegs die Befugnis, das objektive Recht zu ändern, beschränkt, und für den einzelnen Bürger das Recht begründet werden, wegen behaupteter Verletzung seiner Privatrechte einer Änderung der objektiven Rechtsordnung sich zu widersetzen oder zu verlangen, daß vorerst das Enteignungsverfahren gegen ihn durchgeführt werde, denn auf den Fortbestand der objektiven Rechtsordnung kann es ein Privatrecht nicht geben. Vielmehr folgt mit Notwendigkeit aus dem staatlichen Hoheitsrecht der Gesetzgebung, daß der Gesetzgeber befugt ist,

---

20) Meyer: Der Staat und die erworbenen Rechte, S. 16.

21) B. G. E. VI. 111.

die objektive Rechtsordnung zu ändern, ohne daß die Ausübung dieses Hoheitsrechts durch entgegenstehende Privatrechte beschränkt oder ausgeschlossen werden kann. Die Ausübung der Gesetzgebungshoheit kann auch nicht von vorgängiger Durchführung des Enteignungsverfahrens gegen Private, deren erworbene Rechte angeblich durch ein projektiertes Gesetz verletzt sind, abhängig gemacht werden. Denn das Enteignungsverfahren bezieht sich nur auf den zwangweisen Entzug einzelner Privatrechte durch einen Akt der Staatsverwaltung, keineswegs dagegen auf Eingriffe in Privatrechte infolge einer Änderung der Gesetzgebung. Wo es sich nicht um eine zwangsweise Abtretung individueller Privatrechte zu öffentlichen Zwecken, sondern um Aufhebung ganzer Klassen von Rechten infolge einer Änderung der Gesetzgebung handelt, kann das Enteignungsverfahren seinen Zweck und seiner Anlage nach keine Verwendung finden, und es wäre demgemäß auch seine Durchführung praktisch unmöglich. Aus der verfassungsmäßigen Gewährleistung des Eigentums könnte vielmehr, selbst wenn man dieselbe als Schranke der Gesetzgebung auffaßt, jedenfalls nur abgeleitet werden, daß der Gesetzgeber nicht berechtigt sei, durch Aufhebung von Privatrechten das Vermögen des einzelnen Bürgers zu beschädigen, d. h. Privatrechte ohne Gewährung voller Entschädigung aufzuheben bzw., wenn das Prinzip oder das Maß der Entschädigung bestritten ist, der Entscheidung der zuständigen Gerichte hierüber vorzugreifen und den angeblich in ihren Privatrechten Gekränkten den Rechtsweg in der einen oder andern Beziehung zu verschließen“[22]).

Kein Staat anerkennt durch Aufstellung der Eigentumsgarantie ein unbeschränktes Eigentumsrecht, sondern dieses unterliegt den vom objektiven Recht aufgestellten, mitunter sehr intensiven Beschränkungen. Da diese Beschränkungen mit den Zeitbedürfnissen sich ändern, so ist auch der Inhalt

---

22) Vergleiche auch B. G. E. V. 396, XV. 185, 557, XIII 1022, XVI. 688, XIX 976, Praxis X. Nr. 117.

des Eigentumsrechts der Wandlung unterworfen, gleich wie die Gesetze auch, welche durch Aufstellung von Beschränkungen den Inhalt und den Umfang des Eigentums modifizieren.

Die Verfassungsbestimmung kann nicht dahin ausgelegt werden, daß durch diese das Recht der Gesetzgebung, den Inhalt und den Umfang der Privatrechte zu bestimmen, bzw. durch positives Gesetz die im allgemeinen Interesse erforderlichen Beschränkungen des Eigentums einzuführen, habe beeinträchtigen oder ausschließen wollen[23]).

Wenn der Grundsatz der Eigentumsgarantie nicht zur leeren Form herabsinken soll, so muß sie doch auch einen Schutz gegen die Gesetzgebung gewähren. Obschon die Gesetzgebung das Eigentum modifizieren kann, so kann dies doch immer nur unter bestimmten Voraussetzungen geschehen und darf nicht willkürlich sein. Das Bundesgericht äußert sich in einem Entscheid folgendermaßen: „Il va de soi que les dispositions des art. 9 & 12 de la constitution cantonale garantissant l'égalité devant la loi et l'inviolabilité de la propriété s'imposent aussi au legislateur et le limitent dans son action"[24]). In einem neuern Entscheid sagt das Bundesgericht: „Hierbei fällt in Betracht, daß die Eigentumsgarantie nach feststehender Praxis zwar durch eine formell einwandfreie Änderung der objektiven Rechtsordnung an sich nicht berührt wird, daß sie jedoch auch dem kantonalen Gesetzgeber insofern entgegensteht, als der abstrakte Inhalt des Eigentums in der Anwendung durch den Eigentümer konkrete Form angenommen hat, wenn und insoweit, m. a. W. ein neuer Akt der Gesetzgebung in vom Eigentümer gemäß der bisherigen Rechtsordnung tatsächlich bereits ausgeübte Befugnisse eingreift"[25]).

---

[23]) B. G. E. II. 96, III. 259, XVI 705, 717, XXX. 336, XXXIII 133, XXXVI. 80.

[24]) B. G. E. XXIII. 1022, II. 96, III. 516, XXVI. 77.

[25]) B. G. E. XLIV. I. 171. Vergl. auch Burckhardt, Komm. II. Aufl., S. 799.

Als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verletzung des Eigentums und anderer subjektiven Rechte, welche durch die Eigentumsgarantie geschützt sind, verlangt das Bundesgericht das Vorhandensein eines öffentlichen Interesses und in einzelnen Fällen, wenigstens in der älteren Praxis, den Zuspruch einer Entschädigung[26]).

Das öffentliche Interesse wird meist umschrieben mit dem Hinweis auf das Gemeinwohl oder das allgemeine Beste, die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit. Jedes subjektive öffentliche Recht oder Privatrecht ist von der Rechtsordnung nur innerhalb der Schranken gewährleistet, welche im Interesse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit liegen. Was im öffentlichen Interesse liegt, ist keineswegs feststehend, sondern dem Wandel der Zeit unterworfen. Das Bundesgericht sagt an einer Stelle einer seiner Entscheide: „Les garanties constitutionnelles individuelles, telle que l'inviolabilité de la propriété et de l'égalité des citoyens doivent être, dans une certaine mesure au moins, subordonnées à l'intérêt général“[27]), und an einer andern Stelle heißt es: „La garantie du droit de propriété se trouve violée par le fait que les droits contractuels des actionaires comme associés de la banque cantonale ont été modifiés au préjudice des dits actionaires et en faveur du fisc, sans qu'aucun motif d'utilité publique ait été invoqué pour justifier cette modification, qui est uniquement appuyée sur des intérêts fiscaux“[28]).

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß das Bundesgericht die Eigentumsgarantie der kantonalen Verfassungen als Schranke für die Gesetzgebung auffaßt, nicht nur in bezug auf die Expropriation, indem diese nur gegen gerechte Entschädigung und im öffentlichen Interesse stattfinden darf, sondern auch bezüglich der Eigentumsbeschränkungen, welche dem Eigentümer nur zugemutet werden dürfen, wenn sie im

---

[26]) Siehe dafür § 8.

[27]) B. G. E. XX. 978.

[28]) B. G. E. XXIII. 1022, XXVI. 77, XXVIII. 181, XXXVII. I. 524.

öffentlichen Interesse liegen und es sich um eine allgemeinverbindliche Vorschrift handelt, die nicht willkürlich ist. Innerhalb dieses Rahmens ist die Gesetzgebung frei, neue Eigentumsbeschränkungen einzuführen; sie kann den Inhalt des Eigentums bestimmen, da die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie nur die Substanz des Eigentums, das Recht als solches, nicht aber seinen Inhalt garantiert und schützt[29]). Das Eigentum ist nur im Rahmen der Gesetzgebung garantiert, und der Grundsatz der Eigentumsgarantie sagt über den Inhalt des Eigentums nichts aus[30]).

Von größerer Tragweite als für die Gesetzgebung ist die Eigentumsgarantie für die Verwaltung. Als man die Eigentumsgarantie in die Verfassungen aufnahm, dachte man in erster Linie daran, das Privateigentum gegenüber ungesetzlichen Eingriffen der Verwaltung zu schützen[31]).

Es kommt häufig vor, daß der Gesetzgeber die Aufgabe, Recht zu setzen, den Verwaltungsbehörden überträgt. Eine solche Delegation wird heute allgemein als zulässig erachtet[32]). Die Kompetenz, allgemein verbindliche Rechtsvorschriften aufzustellen, ist aber in der Verwaltung nicht von selbst enthalten, sondern ist im Prinzip Sache der gesetzgebenden Behörden. Die Verwaltung wird nur durch Übertragung von seiten des Gesetzgebers zur Rechtssetzung befähigt[33]). Nur zum Erlaß von bloßen Verwaltungsverordnungen im Gegensatz zu den Rechtsverordnungen ist die Verwaltung auf Grund ihrer Dienstgewalt kompetent. Die Delegation zum Erlaß von Rechtsverordnungen muß im Gesetz ausgespro-

---

29) B. G. E. XXX. 337: La législation peut restreindre le contenu du droit de propriété sans porter atteinte au principe constitutionel de l'inviolabilité, à la seule condition qu'elle le fasse d'une manière générale, égale pour tous.

30) Vgl. E. Vogt: Rechtmäßige Eingriffe d. Staates, S. 64, und die dort zitierten Bundesgerichtsentscheide.

31) B. G. E. XXXVII. 518.

32) Fleiner: Institutionen d. deutschen Verw. Rechts, S. 71.

33) Otto Mayer: Deutsches Verw. Recht, Bd. I, S. 123.

chen sein, wenn es den Verwaltungsbehörden gestattet sein soll, allgemein verbindliche Vorschriften aufzustellen.

Jeder Eingriff der öffentlichen Verwaltung in Freiheit und Eigentum der Bürger bedarf der gesetzlichen Grundlage[34]). Die meisten solcher Eingriffe werden nicht durch die Gesetzgebung unmittelbar gemacht, sondern durch Verordnungen und Reglemente der Verwaltung, die auf gesetzlicher Grundlage bestehen. Alles, was die Gesetzgebung in dieser Hinsicht tun kann, kann auch die dazu ermächtigte Verwaltung tun, ohne daß sie die Eigentumsgarantie verletzt. Der Eigentümer ist gegenüber den auf gesetzlicher Grundlage erlassenen Verwaltungsanordnungen nicht mehr geschützt als gegenüber den Gesetzen selber. Eine vom Gesetz abgezweigte oder zugelassene Rechtssetzungsform ist immer die Voraussetzung des staatlichen Eingriffs in das Privateigentum, wenn nicht das Gesetz unmittelbar in dieses eingreift[35]).

Auf die Frage, ob die Verwaltung berechtigt sei, auf dem Verordnungsweg in das Eigentum einzugreifen und dasselbe zu beschränken, antwortet auch das Bundesgericht in bejahendem Sinne, verlangt aber auch, daß die Verordnung auf gesetzlicher Grundlage beruhe. Die Delegation kann dabei erfolgen an die staatlichen Verwaltungsbehörden oder an die Gemeinden, welche dann innerhalb der ihnen vom Gesetz gezogenen Schranken durch Verordnung bzw. autonome Satzung die betreffenden Rechtsvorschriften aufstellen[36]).

Eingriffe in Freiheit und Eigentum gehören zum Vorbehalt des Gesetzes. Deshalb sagt auch das Bundesgericht: „D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral il y atteinte à ce principe constitutionnel toutes les fois qu'une autorité administrative impose une restriction à l'exercice

---

34) Fleiner: Institutionen: S. 122.

35) Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, S. 23, und Otto Mayer, Deutsches Verw. Recht, S. 75 und 76.

36) B. G. E. XXX. I. 67.

d'un droit de propriété, sans que cette restriction puisse être justifiée par une disposition de la loi"[37]).

§ 6.

Die Verfassungsmäßigkeit der Bauordnungen der bernischen Gemeinden.

I. Das Alignementsgesetz von 1894 und die Eigentumsgarantie der bernischen Staatsverfassung:

Wir haben festgestellt, daß Eigentum das ist, was das positive Recht als Eigentum ansieht, daß es nicht weiter reicht, als das positive Recht es reichen läßt. Der Eigentümer hat sein Eigentum in einem dem Gemeinwohl verträglichen Zustand zu halten und nur so zu benutzen, daß polizeilich zu schützende Gemeininteressen nicht beeinträchtigt oder gefährdet werden. Das so umschriebene Eigentum genießt den Schutz der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie. Das Eigentum bildet im allgemeinen keine Schranke der Gesetzgebung, sondern umgekehrt findet das Eigentum seine Schranken in den Vorschriften der Gesetzgebung. Weil die Gewalt des Gesetzgebers über das Eigentum aber keine unbeschränkte ist, so kann man sagen, daß die Eigentumsgarantie auch der Gesetzgebung gegenüber gelte. Soweit die Gesetzgebung nur den Inhalt und die Schranken des Eigentums bestimmt und die dem Eigentümer obliegenden Pflichten näher bestimmt, ist die Eigentumsgarantie nicht verletzt[1]).

---

[37]) B. G. E. XXVIII. 360. Vergleiche ferner B. G. E. VIII. 257, X. 240, XXIII. 1022, XVI. 99, XXVII 59, XXIX 395, XXX. 161, XXXIV. 96, XXXV. 147, XXXVI. 336.

[1]) Vgl. Art. 153 der deutschen Reichsverfassung von 1919: „Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen ... Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste". Wenn auch der Wortlaut der bern. Staatsverfassung weniger elegant ist, so gilt trotzdem nach der Rechtssprechung d. Bundesgerichts dasselbe auch für uns.

Baupolizeiliche Vorschriften, wie sie das bernische Alignementsgesetz vorsieht, sind wie alle andern polizeilichen Vorschriften, welche das Eigentum beschränken, trotz der in Art. 89 der bernischen Staatsverfassung garantierten Unverletzlichkeit des Eigentums, zulässig[2]). Dabei gelten aber die vorerwähnten Vorbehalte.

Regierungsrat Lienhard führte im Großen Rat bei der Beratung des Alignementsgesetzes zutreffend folgendes aus: „Die Eigentumsgarantie der Verfassung bezieht sich nur auf das Eigentum des Einzelnen, auf das Eigentum im subjektiven Sinn und nicht auf das Eigentum im objektiven Sinn, als Teil der allgemeinen Rechtsgesetzgebung, der Zivilgesetzgebung überhaupt. Der Inhalt des Eigentums ist nicht ein feststehender und ist es in keiner Zeit gewesen, er ist jeweilen enger oder weiter, d. h. die rechtlichen und faktischen Befugnisse sind enger oder weiter, je nach der bestehenden Gesetzgebung. Die Gesetzgebung umschreibt, was der Eigentümer infolge seines Eigentums alles tun darf, sie umschreibt aber auch, was er nicht tun darf, wie weit er im Interesse des öffentlichen Wohls beschränkt wird. Die Eigentumsgarantie der Verfassung bezieht sich nur auf den Fall, daß man einem Eigentümer oder mehreren Eigentümern dieses oder jenes Grundstück wegnehmen oder eine Beschränkung aufstellen will, die nicht auch alle andern trifft. Aber nirgends ist durch die Verfassung dem Gesetzgeber das Recht genommen, das Eigentum neu zu ordnen, neue Beschränkungen aufzustellen, wie es im vorliegenden Gesetz geschehen ist. Damit wäre aber dieses Gesetz bezüglich der Eigentumsbeschränkungen noch nicht gerechtfertigt. Gerechtfertigt werden sie nur, wenn das öffentliche Interesse, das solche Bestimmungen erheischt, ein überwiegendes ist“[3]).

So hat das Bundesgericht in einer großen Zahl von Fällen

---

[2]) Monatsschrift f. bern. Verw. Recht B. 14 Nr. 13.

[3]) Tagblatt des Großen Rates d. Kantons Bern, 1894.

in konstanter Praxis entschieden, und zwar speziell in Fällen, welche die Baupolizei betrafen[4]).

II. Gemeindebaureglemente und Art. 89 Staatsverfassung:

Angesichts der Eigentumsgarantie des Art. 89 der Staatsverfassung des Kantons Bern ist es nicht zulässig, daß Baubeschränkungen durch bloße Verwaltungsanordnungen und Gemeindereglemente, die nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhen, eingeführt werden. Durch bloße Verwaltungsanordnungen und, was diesen gleichsteht, durch Gemeindereglemente können die im Eigentum liegenden Befugnisse nicht entzogen werden, es sei denn auf dem Wege der Expropriation, durch expropriationsweise Auferlegung von Eigentumsbeschränkungen. Aus diesem Grund wurde das Baureglement der Gemeinde Biel im Jahr 1880, welches Beschränkungen der Baufreiheit ohne Entschädigung vorsah, durch das Bundesgericht in dem schon zitierten Entscheid in Sachen Witwe Verdan als verfassungswidrig erklärt. Es fehlte dem Baureglement die gesetzliche Grundlage[5]). Ein analoger Fall ereignete sich auch in der Stadt Bern im Jahr 1887, wo einem Bürger die Baubewilligung verweigert wurde, weil sein Bauprojekt gegen die Bauordnung für den Stadtbezirk vom Jahr 1877 und die Stadterweiterungsverordnung verstieß. Das Bundesgericht hieß den Rekurs des Baulustigen gut, indem es feststellte, daß keines der beiden Baureglemente Gesetzeskraft besitze, sondern daß es sich nur um Verwaltungsanordnungen ohne jede gesetzliche Grundlage handle[6]). Der Erlaß des Alignementsgesetzes hat dann diesen Zuständen ein Ende gemacht.

---

4) B. G. E. XI. 21, XIX. 720, XXIX. 394, II. 296, XVII 59, V. 536, XXII. 43.

5) B. G. E. VI. 586.

6) B. G. E. XIII. 281 ff. Vgl. auch XVI. 521, XXIII. 1514, XXX. 516, 332, 59.

Die Gemeinden dürfen in ihren Baureglementen aber nur solche Baubeschränkungen vorsehen, die im öffentlichen Interesse liegen, sonst steht ihnen die Eigentumsgarantie entgegen. Darin liegt die Schranke, die den Gemeinden bei Erlaß der Baureglemente gesetzt ist. In der Überspannung dieses öffentlichen Interesses liegt eine Gefahr für den Bürger. Jedes neue Baureglement bringt neue Beschränkungen zu Lasten des Einzelnen und zu Gunsten des öffentlichen Interesses. Dies ist die Tendenz der Zeit.

Die Entwicklung von Handel und Verkehr und die Fortschritte der wissenschaftlichen Erkenntnis (Hygiene) haben die polizeilichen Anforderungen besonders auch im Gebiet des Bauwesens gesteigert[7]). Trotzdem spricht die Vermutung immer noch eher für die Unbeschränktheit des Eigentums. Ungerechtigkeiten und Gewalttaten gegen das Eigentum lassen sich nicht mit dem öffentlichen Wohl entschuldigen, wie es häufig vorgekommen ist. Gegenüber der Gefahr der Übertreibung des öffentlichen Interesses wird der Bürger geschützt durch den Grundsatz des modernen Staates von der gesetzmäßigen Verwaltung, in der gesetzlichen Pflicht der Behörden bestehend, das Recht zu schützen und das Einzelrecht nicht willkürlich den staatlichen Eingriffen preiszugeben.

Man hat versucht, den Begriff des öffentlichen Interesses zu definieren, resp. die verschiedenen öffentlichen Interessen in einer Formel unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt zusammenzufassen, jedoch ohne Erfolg[8]). Gierke sagt, die Entscheidung darüber, wann ein öffentliches Interesse vorliege, hänge zuletzt von einem Werturteil ab. Das öffentliche Interesse müsse stark genug sein, um den Zwang zur Aufopferung privater Interessen für den angestrebten Erfolg als gerecht empfinden zu lassen und so das

---

[7]) Fleiner: Einzelrecht und öffentliches Interesse, S. 32.

[8]) Haab: Das Objekt der Expropriation, Diss. Bern 1916, S. 19.

entgegenstehende öffentliche Interesse an der Unverletzlichkeit des Eigentums zu überwinden[9]).

Genau lassen sich die öffentlichen Interessen nicht bestimmen, weil sie kein Rechtsbegriff sind. Eine prinzipielle Beantwortung der Frage, was die öffentlichen Interessen oder das öffentliche Wohl erfordern, ist unmöglich. Es muß in jedem Fall nach den Grundsätzen der Politik entschieden werden. Dabei spielen in der Baupolizei Rücksichten hinsichtlich der Feuersicherheit, der Hygiene und des öffentlichen Verkehrs eine besondere Rolle. Nach moderner Auffassung fallen auch ästhetische Interessen unter den Begriff des öffentlichen Wohls[10]). An Hand objektiver Kriterien den Begriff des öffentlichen Interesses in einer alle Möglichkeiten des praktischen Lebens erschöpfenden Weise zu umschreiben, ist unmöglich. Wo ein öffentliches Interesse aber unstreitig nicht vorliegt, kann weder ein Gesetz, noch ein Baureglement einer Gemeinde des Kantons Bern dem Eigentum öffentlichrechtliche Beschränkungen auferlegen.

III.

Im folgenden sollen kurz einzelne in den Bauordnungen enthaltene Bauvorschriften bezüglich ihrer Zulässigkeit gegenüber der Eigentumsgarantie geprüft werden:

In vielen Bauordnungen wird die Höhe der Häuser begrenzt. Dies kann nicht beanstandet werden, weil hier die Feuersicherheit zunächst eine Rolle spielt, insbesondere die Rettung von Menschen aus hochgelegenen Wohnungen. Ferner rechtfertigt sich die Bestimmung auch aus Gründen der Volksgesundheit, da sehr hohe Häuser den Zutritt von Luft und Licht zu den niedriger gelegenen Räumen verhindern. Bei Bestimmung der Höhe der Häuser ist überdies auf die Breite der Straße Rücksicht zu nehmen. Schließlich spielen auch ästhetische Rücksichten eine Rolle.

---

9) Gierke: Deutsches Privatrecht II. S. 473.

10) Vgl. B. G. E. XLI. I. 468, XXXIV. I. 221, XXIV. 229, XIV. 583.

Aus gesundheitlichen Motiven rechtfertigt sich die Vorschrift, wonach in bestimmten Quartieren nur offene Bebauung zulässig ist, oder die Vorschrift, daß nur ein bestimmter Teil der Grundstücksfläche überbaut werden darf. Aus verkehrs- und feuerpolizeilichen Gründen sind die Vorschriften aufgestellt über die Abstände der Häuser von der Straße, von Eisenbahnlinien und Wäldern. Aus ästhetischen Gründen müssen die Häuserfronten in die Baufluchtlinie oder wenigstens parallel derselben gestellt werden.

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, alle modernen Baubeschränkungen, wie sie in den Bauordnungen der bernischen Gemeinden zu finden sind, auf ihre Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie der Staatsverfassung zu prüfen. Die Frage ist immer die gleiche: Läßt sich die Beschränkung aus Gründen des öffentlichen Wohles rechtfertigen, liegt ein berechtigtes polizeiliches Motiv vor.

Nur ein Punkt sei noch besonders erwähnt, die Gliederung von Ortschaften in Bauzonen oder Bauklassen. Nach einem Entscheid des Regierungsrates aus dem Jahre 1917 ist die Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse und Verschiedenheiten einzelner Abteilungen der Gemeinden im Baureglement im Sinne einer Quartier- oder Zonenausscheidung zulässig und steht mit dem Alignementsgesetz im Einklang[11]):

„B. macht bloß geltend, daß die für Zone I festgesetzten Baubeschränkungen in ihren einschneidenden Wirkungen auf das Grundeigentum und das Verfügungsrecht über den Sinn des Gesetzes vom 15. Juli 1894 hinausgehen. Der Regierungsrat hat nun zu untersuchen, ob die angefochtene Zoneneinteilung allgemein eine gesetz- und rechtswidrig und speziell für die Einsprecher ungerechte, die Grenzen der gesetzlich zulässigen Einschränkungen übersteigende Maßnahme sei. Hierbei ist zunächst davon auszugehen, ob und welche Anhaltspunkte das Grundgesetz der neuen Bauordnung, vor allem der Erlaß vom 15. Juli 1894 betreffend die Aufstellung

---

11) Monatsschrift für bern. Verw. Recht, Bd. 15, Nr. 52.

von Alignementsplänen und von baupolizeilichen Vorschriften durch die Gemeinden für die Beurteilung dieser Frage bietet. Dieses Gesetz beschränkt sich auf die Aufstellung der allgemein notwendigen Grundsätze und überläßt den Gemeinden, bzw. macht es ihnen im übrigen unter Vorbehalt des Genehmigungsrechtes zur Pflicht, für ihr Gebiet alle nötigen baupolizeilichen Vorschriften aufzustellen, welche im Interesse des Verkehr, der Gesundheit, Feuersicherheit und der soliden Erstellung der Bauten, sowie zur Verhütung von Verunstaltungen erforderlich sind. Der Gesetzgeber enthielt sich mit voller Absicht einer einheitlichen kantonalen Reglementierung der Baupolizei für das ganze Kantonsgebiet aus dem einfachen Grund, weil eine solche für die verschiedenen Gemeinden und Verhältnisse allgemein zutreffende Ordnung nicht möglich ist, so daß es jeder Gemeinde überlassen werden müsse, sich die für ihr Gebiet passende Bauordnung zu schaffen. Diesem Grundprinzip des Gesetzes entspricht durchaus, daß auch die Gemeinden in ihren Reglementen vorhandenen Verschiedenheiten ihrer Gemeindeteile Rücksicht tragen müssen. Aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Aufstellung von Alignementsplänen geht dies ausdrücklich hervor. Bereits sind derartige Baureglemente mit Quartier- oder Zonenausscheidungen anderer Gemeinden vom Regierungsrat genehmigt worden (Interlaken usw.). Diese Anpassung der Bauvorschriften an die besonderen Qualitäten der einzelnen Gemeindegebiete entspricht auch der modernen bauwissenschaftlichen Anschauung und praktischen Zweckmäßigkeitsgründen.“ Der Regierungsrat äußert sich dann in diesem Entscheid weiter, daß die entstandenen Fabrikquartiere der in Frage stehenden Ortschaft aus allgemeinen Zweckmäßigkeitsgründen nicht gleich behandelt werden können wie die angrenzenden, in der Entstehung begriffenen Wohnquartiere. Diese würden sich dabei besser entwickeln und würden auch weniger andere Interessen benachteiligt, so daß dem allgemeinen öffentlichen Wohl so am besten gedient sei. Der durch die Zoneneinteilung dem allgemeinen

Wohl zugewendete Vorteil überwiege bei weitem allfällige den Privaten zugefügte Nachteile. Von einer ungesetzlichen Beschränkung des Eigentums könne nicht gesprochen werden.

Damit hat also auch der Regierungsrat festgestellt, daß die Zoneneinteilung im Alignementsgesetz eine gesetzliche Grundlage hat (vgl. Art. 1, 5 und 18 des Alignementsgesetzes) und auch im Interesse des öffentlichen Wohles liegt.

§ 7.

Die Entschädigungsansprüche wegen polizeilichen Einschränkungen des Eigentums.

I. Die Entschädigungspflicht des Staates bei rechtmäßiger Ausübung der öffentlichen Gewalt nach deutscher Theorie und Praxis:

Daß der Staat für den Schaden, den seine Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt dritten Personen zugefügt haben, haftet, wenn die Beamten den Schaden in schuldhafter und rechtswidriger Weise verursacht haben, entspricht unserem Rechtsgefühl. Diese Fälle, in denen der Eingriff des Staates als rechtswidrig erscheint, gehören zu den unerlaubten Handlungen und werden von der Wissenschaft und Gesetzgebung unter dem Kapitel der Beamtenverantwortlichkeit behandelt und geregelt.

Eine ganz andere Frage ist es aber, ob der Staat auch dann den Schaden zu ersetzen hat, wenn eine völlig rechtmäßige Ausübung der öffentlichen Gewalt vorliegt, durch welche dritte Personen einen Vermögensschaden erlitten haben. Wie wir im vorigen Paragraphen festgestellt haben, darf der Staat durch seine Gesetze in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreifen, diese Rechte beschränken, wenn es im öffentlichen Interesse liegt. Dies ist eine Notwendigkeit, wenn der Staat in der Lage sein soll, seine Aufgaben zu erfüllen. Wenn die Verwaltung auf Grund gesetzlicher Ermächtigung solche Eingriffe in die Rechte der Bürger vornimmt, so han-

delt sie daher nicht rechtswidrig, obschon solche Einwirkungen in das Eigentum oft ganz empfindliche Vermögensnachteile zur Folge haben. Die Regeln über die Beamtenverantwortlichkeit kommen hier deshalb nicht zur Anwendung, weil weder ein Verschulden des Staates oder seiner Beamten, noch das Moment der Rechtswidrigkeit vorliegt. Trotzdem fragen wir uns, ob die Bürger solchen staatlichen Eingriffen gegenüber macht- und schrankenlos unterworfen sind, oder ob sie eventuell vom Staat oder der Gemeinde Ersatz des verursachten Schadens verlangen können. Die Ansichten über diese Frage gehen erheblich auseinander.

1. Die Theorie von den wohlerworbenen Rechten[1]) statuiert die Entschädigungspflicht des Staates für alle Eingriffe in wohlerworbene Rechte des Einzelnen, und zwar sowohl bei Entziehung als auch bei Beschränkung derselben. Diese naturrechtliche Theorie von der Entschädigungspflicht des Staates für Eingriffe in wohlerworbene Rechte ist im Polizeistaat entstanden und diente als Bollwerk gegen willkürliche Eingriffe der Behörden, als Schutz gegen den Absolutismus. Die Lehre von den wohlerworbenen Rechten stellt fest, daß dem Bürger gewisse unverletzbare Rechte zustehen, wohlerworbene Rechte genannt. Jene Rechte werden als wohlerworbene Rechte bezeichnet, die ihrem Subjekt kraft eines besonderen Erwerbsgrundes zustehen.

Nach dieser Theorie zeigte sich die Bedeutung der Nichtrückwirkung der Gesetze darin[3]). daß ein sog. wohlerworbenes Recht (Freiheit, Sicherheit, Eigentum, dingliche und obligatorische Rechte) trotz der Änderung der Gesetzgebung in seinem Bestand erhalten bleibe, daß jedoch jedes wohlerwor-

---

1) Otto Bähr: Der Rechtsstaat. Lassalle: System der erworbenen Rechte; Gierke: Althusius; Deutsches Privatrecht Bd. I. 192. Christiansen: Über erworbene Rechte; Jellinek: System d. erw. Rechte; G. Meyer: Der Staat und die erworbenen Rechte; Gierke: Genossenschaftsrecht Bd. III. 609. Bluntschli: Allg. Staatsrecht; Zachariä: Deutsches Staats- und Bundesrecht.

3) Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. I. S. 195.

bene Recht hinfällig werde, wenn ihm durch Aufhebung oder Umwandlung eines Rechtsinstituts die rechtliche Möglichkeit des Bestandes abgeschnitten werde. Es liege dann keine Rückwirkung des neuen Rechts, sondern eine gesetzliche Aufhebung erworbener Rechte vor, deren Fortbestand dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart widerstreite. In allen Fällen aber, in welchen kraft einer solchen Gesetzesreform erworbene Privatrechte von Vermögenswert wegfallen oder eine Einbuße an Vermögenswert erleiden, sei die Gewährung von Entschädigung aus Gerechtigkeit geboten, denn wenn ein Vermögensrecht des Einzelnen den höheren Rechten der Gesamtheit zum Opfer falle, entspreche es der Gerechtigkeit, daß die Gesamtheit einen Ausgleich herbeiführe. Auch da, wo ein Gesetz die Entschädigungspflicht nicht ausdrücklich ausspreche, sondern darüber schweige, müsse die gesetzliche Anerkennung von Entschädigungsansprüchen vermutet werden.

Im Falle der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts durch die Gesetzgebung entstehe ohne weiteres ein Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung, soweit nicht dieser Anspruch durch die Gesetzgebung ausdrücklich ausgeschlossen sei. Trotzdem könne natürlich in solchen Fällen von einer Rechtswidrigkeit nicht gesprochen werden. Gierke[4]) macht nur die Einschränkung, daß eine Entschädigung nicht gerechtfertigt sei, wenn ein Recht nur dadurch an Vermögenswert einbüße, daß eine bestehende Schranke seines freien Gebrauchsrechts enger gezogen werde, wie dies z. B. bei Wertverminderung durch ein Forstgesetz bei Waldeigentum, von Jagd- oder Fischereirechten durch ein Schongesetz, von Eigentum bei Bauplätzen durch eine Bauordnung zutreffe. Solche Einschränkungsmöglichkeiten seien von Hause aus im Inhalt des Rechts gegeben, insbesondere bestehe nach deutscher Auffassung das Grundeigentum nur als ein hinsichtlich der Benutzung öffentlichrechtlich-gebundenes Privatrecht.

---

[4]) Gierke: Deutsches Privat. Recht Bd. I. S. 195, Note 50.

2. Die Wissenschaft hat dann den naturrechtlichen Standpunkt immer mehr verlassen, und es wurde kein Recht mehr anerkannt, das stärker wäre als das positive Recht des Staates. Das Bestehen eines Systems von Grundsätzen und Rechten, welches über der staatlichen Rechtsordnung bestehen solle und die Natur den Menschen vorschreibt, wurde nicht mehr anerkannt. Eine ohne dringenden Grund und ohne Entschädigung erfolgte Aufhebung von erworbenen Rechten wurde zwar nicht als formell unwirksam erklärt, aber als eine rechtsverletzende und mißbräuchliche Verwendung des Rechts der Gesetzgebung hingestellt. In formeller Hinsicht sollte also der Gesetzgeber an keine Schranken gebunden sein[5]). Wenn er gegen das Naturrecht verstoße, so sei dies zwar eine Rechtsverletzung, aber der Untertan habe kein Abwehrmittel dagegen. Es wurde aber daran festgehalten, daß der Staat bei administrativen Funktionen für die Verletzung von wohlerworbenen Rechten schadenersatzpflichtig werde. Dagegen sagt Georg Meyer[6]), gelte der Grundsatz der Unverletzlichkeit des Vermögens nur bei Entziehung von Vermögensrechten, nicht auch bei Beschränkungen. Die Verwaltung, insbesondere die Polizei, könne kraft ihrer Verordnungs- und Verfügungsbefugnisse vielfach in den Rechtskreis der Einzelnen eingreifen, indem sie ihnen im öffentlichen Interesse Beschränkungen auferlege und sie dadurch in ihren Vermögensverhältnissen beeinträchtige. „So kann z. B. der Eigentümer eines Bauplatzes eine nicht unwesentliche Schädigung erleiden, wenn für den Stadtteil, wo derselbe gelegen ist, durch polizeiliche Anordnungen die sogenannte offene Bauweise eingeführt ist, er also gezwungen wird, mit seinem Bau in einer gewissen Entfernung von den Grenzen der beiden Nachbarn zu bleiben. Der Bauplatz, welcher bisher Raum für ein Doppelhaus geboten hätte, reicht jetzt vielleicht nur noch für ein einfaches Haus aus; er wird also bis zu einem gewis-

---

5) v. Gerber: Grundzüge des deutschen Staatsrechts, S. 39, Meyer: Erworbene Rechte S. 14.

6) Georg Meyer: a. a. O. S. 20.

sen Grad entwertet. Ähnliche Eingriffe liegen vor, wenn ein Grundbesitzer gezwungen wird, gewisse Anlagen, z. B. Kies-, Lehm- und Sandgruben in einer bestimmten Entfernung von einem öffentlichen Weg zu halten, oder wenn die Behörde jemanden die Errichtung eines gewerblichen Etablissements auf seinem Grundstück deshalb untersagt, weil dasselbe Belästigungen des Publikums zur Folge hat oder weil der Betrieb mit einem Geräusch verbunden ist, das in der Nähe öffentlicher Gebäude nicht geduldet werden soll. Alle diese Anordnungen muß der Einzelne über sich ergehen lassen, ohne einen Anspruch auf Entschädigung zu besitzen."

3. Anschütz hat in seiner Abhandlung über den Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt die Frage gründlich untersucht und die Theorie von der Gesetzmäßigkeit der Entschädigung aufgestellt. Anschütz sucht nachzuweisen, daß sich der Grundsatz, daß der Staat in Fällen rechtmäßiger Ausübung der Staatsgewalt für den dem Einzelnen zugefügten Nachteil Entschädigung zu leisten habe, nicht durchführen lasse. Nach jenem Grundsatz müßte z. B. für Vermögensbeeinträchtigungen Ersatz geleistet werden, die eine Gruppe von Produzenten oder Konsumenten durch Änderung in der wirtschaftlichen Gesetzgebung (Einführung oder Aufhebung von Zöllen) oder durch Verwaltungsakte (Grenzsperre) erleiden. Die Wiederausgleichungspflicht des Staates für diese eingetretenen Nachteile nennt Anschütz absurd. Das Widersinnige zeige sich auch darin, daß nicht nur jedes Gesetz, welches den Auswüchsen des privatkapitalistischen Systems entgegentreten wollte (progressive Einkommens- und Vermögenssteuer, Beschränkung des Erbrechts usw.), sondern überhaupt jedes Steuergesetz unmöglich wäre, da doch jeder Besteuerungsakt ein Eingriff in das Privatvermögen der Staatsangehörigen sei. Nach der Theorie von Anschütz kann eine Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe in die Rechte der Bürger nur dann verlangt werden, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Das den Eingriff anordnende Spezialgesetz müsse den Entschädigungs-

anspruch ausdrücklich zubilligen. Anschütz weist nach, daß abgesehen vom Fall der Expropriation das gemeine deutsche Recht zu keiner Zeit den Rechtssatz gekannt habe, daß aus Beschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt dem Beschädigten ein allgemeiner Ersatzanspruch an den Staat zugestanden habe.

Biermann[7]) anerkennt einen Entschädigungsanspruch, wenn das Eigentum auf Grund des sogenannten Staatsnotrechts beschränkt werde, oder wenn eine rechtswidrige Eigentumsbeschränkung vorliege. Er verneint jeden Ersatzanspruch, wenn die Polizei nur die bereits kraft Gesetzes bestehenden Einschränkungen geltend mache. Er weist im übrigen darauf hin, daß ein derartiger Entschädigungsanspruch auch nicht auf Art. 9 der preußischen Verfassung, der das Eigentum als unverletzlich erklärt, gestützt werden könne. Allerdings habe Art. 9 nicht nur die Bedeutung einer Direktive für die Gesetzgebung, sondern enthalte bereits eine gesetzliche Vorschrift, die überall zur Anwendung gebracht werden müsse, wo nicht besondere Bestimmungen über die Entschädigungspflicht gelten, aber das Eigentum sei stets nur ein beschränktes, und wenn die Polizei nur die gesetzlichen Beschränkungen geltend mache, so verletze sie das Eigentum nicht, und es könne daher von einer Entschädigungspflicht des Staates keine Rede sein.

Stengel[8]) sagt, bezugnehmend auf die bayrische Verfassung, daß diese Grundrechte (Unverletzlichkeit der Person, des Eigentums usw.) in erster Linie nur die Bedeutung haben, daß sie gewisse Grundsätze enthalten, welche bei der Regelung der betreffenden Materien durch Spezialgesetze beobachtet werden sollen. Der Inhalt und Umfang der einzelnen Grundrechte ergebe sich erst aus den Bestimmungen der betreffenden Spezialgesetze. Daraus folge, daß niemand einen

---

7) Biermann: Privatrecht und Polizei in Preußen, 1897, S. 183 ff.

8) Stengel: Die Haftung des Staates für den durch seine Organe und Beamten Dritten zugefügten Schaden, Annalen des Deutschen Reichs 1901, S. 481 ff.

Ersatzanspruch gegen den Staat auf die Behauptung stützen könne, ein ein Grundrecht näher regelndes, bzw. beschränkendes Gesetz stehe im Widerspruch mit der einschlägigen Verfassungsbestimmung, da die Verfassungsurkunde die Grundrechte nicht als absolute, auf dem Wege des einfachen Gesetzes und selbst des Verfassungsgesetzes unantastbare, den Einzelnen zugesicherte Rechte aufgestellt habe, sondern als Direktive für die Gesetzgebung, deren Beobachtung aber schließlich den gesetzgebenden Faktoren anheimgestellt sei. Hinsichtlich der durch die polizeilichen Maßregeln und überhaupt durch Verwaltungsverfügungen Dritten zugefügten Vermögensnachteile bestehe im bayrischen Recht keine allgemeine Vorschrift, daß Ersatz für diese Nachteile zu leisten sei. Ein derartiger Ersatzanspruch könne nur dann erhoben werden, wenn er ausdrücklich anerkannt sei. Bezüglich der baupolizeilichen Beschränkungen, welche den Grundstückbesitzern auferlegt werden, brauche vom Staat bzw. der Gemeinde keine Entschädigung geleistet zu werden.

Kormann[9]) sagt, das allmächtige Gesetz könne selbstverständlich nicht nur Interessen, sondern auch Rechte einschränken oder vernichten, und es könne dies auch tun, ohne eine Entschädigung zu gewähren. Ob es eine solche gewähren soll, sei eine Frage der Rechtspolitik. Ob das Gesetz eine Entschädigung gewähre oder versage, ob insbesondere sein Schweigen als Gewährung oder Versagung einer Entschädigung aufzufassen sei, sei eine Auslegungsfrage, die nach gewöhnlichen Auslegungsgrundsätzen beantwortet werden müsse. Demgemäß müsse auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zurückgegriffen werden, und daneben sei das Verhalten des gleichen Gesetzgebers in ähnlichen Fällen in Betracht zu ziehen. Habe z. B. der Gesetzgeber während längerer Zeit ständig die Praxis befolgt, daß er dort, wo er eine Entschädigung gewähren wolle, sie nach Bestand und Um-

---

9) Kormann: Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, Annalen d. deutschen Reichs 1912, S. 203 ff.

fang durch ausdrückliche Bestimmung normiert habe, während er dort, wo er keinen Anspruch gewähren wollte, die Frage mit Stillschweigen überging, so sei daraus ohne Bedenken zu folgern, daß auch im übrigen ein Ersatzanspruch nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung gegeben sei. Wie andere Auslegungsfragen, so könne eben auch diese Frage zu mancherlei Zweifeln Anlaß geben. So habe das Reichsgericht in einem Urteil aus dem Jahr 1883[10]) es noch als gemeine Auffassung bezeichnet, daß im Falle der Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts durch die Gesetzgebung ohne weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung stattfinde, so weit ein solcher Anspruch nicht durch die Gesetzgebung besonders ausgeschlossen worden sei, während es neuerlich im Jahre 1906 sich gerade im umgekehrten Sinne geäußert habe[11]). Dem Gesetz nicht völlig gleichgestellt seien die Rechtsverordnungen, insbesondere die Polizeiverordnungen, sondern dort müsse zwischen Eingriffen in Rechte und solchen in Interessen unterschieden werden. Die Rechte seien gegenüber der Verordnung dadurch geschützt, daß die Verordnung in diese nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung eingreifen dürfe, und vom Inhalte dieser Ermächtigung hänge die Frage ab, ob der Eingriff nur gegen Entschädigung erfolgen könne oder nicht. Bei bloßen Interessenschädigungen könne dagegen eine Entschädigungspflicht nicht in Frage kommen. Verfügungen, die den Eigentümer lediglich in die gesetzlichen Schranken seines Eigentums verweisen und ihm auferlegen, seine Sache in einem polizeigemäßen Zustand zu halten, begründen niemals einen Anspruch auf Entschädigung. Aus den ganz allgemein gehaltenen Eigentumsgarantien der Verfassungen lasse sich schwerlich etwas entnehmen[12]).

4. Nach der Ansicht von Otto Mayer[13]) hat der Bürger

---

10) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 12, S. 3.

11) Korman, a. a. O., S. 205.

12) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 64, S. 185.

13) Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, S. 516 ff.

auch bei ordnungsgemäßer Handhabung der öffentlichen Gewalt Entschädigung zu beanspruchen, wenn ihm durch einen Eingriff ein vermögensrechtlicher Nachteil erwachsen sei. Der Vermögensnachteil müsse ausgeglichen werden wegen der Ungerechtigkeit, die darin liege, daß er dem Betroffenen zugefügt wurde. Gerecht sei ein Eingriff, wenn er gleichzeitig alle belaste. Die Zufälligkeit der Bedürfnisse führe aber im einzelnen Falle zu ungleichen Belastungen, was von Otto Mayer als Opfer bezeichnet wird. Mayer meint nun, die Idee der Gerechtigkeit verlange den nachträglichen Ausgleich durch eine Vergütung, wenn einem Einzelnen besondere Opfer auferlegt worden seien. Die Entschädigung, die der Staat zu leisten habe, sei das Mittel, um eine ungleiche Belastung in eine gleiche zu verwandeln. Mayer gibt aber zu, daß diese Forderung der Gerechtigkeit noch keine rechtlich bindende Kraft habe. Um es zu werden, müßten diese Forderungen zu Rechtssätzen und Rechtsinstituten ausgestaltet werden. Dies sei teilweise geschehen, indem die Gesetzgebung Sorge getragen habe, in vielen Fällen, in denen ein Eingriff stattfinde, die Entschädigungspflicht des Staates zu anerkennen. Es gebe einen reichen Vorrat von Spezialgesetzen, in welchen die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht des Staates ausgesprochen sei. Allein, dies genüge nicht, sondern es sei ein allgemeiner Rechtssatz nötig, der auch alle unvorhergesehenen Fälle, welche in den Gesetzen nicht erwähnt seien, umfasse. Diesem Bedürfnis habe Art. 75 des preußischen Landrechts, Einleitung, Rechnung getragen. Wo ein derartiger Rechtssatz fehle, hätten Theorie und Praxis nichts destoweniger einen allgemeinen Rechtssatz dieses Inhaltes unter verschiedenen Begründungen von jeher behauptet. Otto Mayer ist der Ansicht, daß durch diese Theorie und Praxis ein altes Gewohnheitsrecht bezeugt sei, des Inhaltes, daß der Staat grundsätzlich in allen Fällen Entschädigung schulde für die besonderen Opfer, die er bei rechtmäßiger Ausübung der öffentlichen Gewalt auferlege. Otto Mayer muß aber zugeben, daß der souveräne Staat in der

Lage sei, durch ein Gesetz ein besonderes Opfer aufzuerlegen, ohne dafür Entschädigung zu gewähren. Eine Entschädigung sei nicht geschuldet, wenn ein Gesetz einen schädigenden Eingriff durch Rechtssatz mache, ohne Entschädigung besonders zuzusichern.

In der zweiten Auflage seines deutschen Verwaltungsrechts setzt Otto Mayer als Quelle der staatlichen Entschädigungspflicht statt des Gewohnheitsrechts ein allgemeines Prinzip der Billigkeit hin. Die deutschen Gerichte hätten aus einem Gefühl der Billigkeit und Gerechtigkeit eine Entschädigungspflicht des Staates für schädigende Eingriffe angenommen, und aus dieser Praxis habe sich ein Billigkeitsrecht entwickelt[14]). Voraussetzung der Entstehung des Entschädigungsanspruchs sei die Verletzung eines subjektiven Rechts und eine ungleiche Belastung Einzelner im Verhältnis zu allen übrigen.

5. Die Lehre von der Gesetzmäßigkeit der Entschädigung ist gegenwärtig in der Wissenschaft die herrschende[15]). So sagt z. B. auch Fleiner, der Bürger sei gegenüber dem die Entschädigung verweigernden Willen des Gesetzgebers ohnmächtig[16]). Eine Entschädigung werde nur geschuldet, wenn ein Rechtssatz eine solche vorsehe[17]). Die meisten deutschen Rechtsordnungen gewähren für Baubeschränkungen keine Entschädigung[18]).

---

14) Otto Mayer: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht.

15) A. Sprecher v. Bernegg: Über die Entschädigungspflicht d. Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, Diss. Bern 1921, S. 32.

16) Fleiner: Institutionen, S. 276.

17) Gegen eine allg. Entschädigungspflicht u. a. Loening, Verw.-recht S. 255; Erkenntnis der Juristenfakultät von Jena v. 14. Juni 1879; Seuffert: Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe, Bd. 37, S. 321; ebenso Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege.

18) Georg Ludwig: Die Baubeschränkungen des Straßen- und Platzlandes, Diss. Stuttgart 1907.

6. Nach der Praxis des Reichsgerichts muß für Eingriffe der Gesetzgebung, auch wenn sie wohlerworbene Privatrechte verletzen, Entschädigung nur dann geleistet werden, wenn das Gesetz dies besonders vorschreibt. Polizeiliche Verordnungen stehen, weil sie allgemein verbindliche Rechtsnormen enthalten, nach der konstanten Praxis des Reichsgerichts in dieser Hinsicht den Gesetzen gleich[19]). Gegenüber polizeilichen Verfügungen aber besteht nach der Praxis des Reichsgerichts eine Entschädigungspflicht für Eingriffe in wohlerworbene Privatrechte, indem entweder der Staat, resp. die Gemeinde oder Dritte, in deren Interesse die polizeiliche Verfügungen erlassen wurde, die Entschädigung zu leisten haben[20]).

Speziell in bezug auf Eigentumsbeschränkungen äußert sich das deutsche Reichsgericht wie folgt: „Denn das Eigentum und die ihm gleichstehenden dinglichen Rechte sind ihrer Natur nach keineswegs unbeschränkt; sie sind vielmehr vom Staat nur mit den Beschränkungen anerkannt, die sich aus dem Recht der Nachbarn und aus Gründen des öffentlichen Wohls ergeben. Macht eine Polizeiverfügung im einzelnen Fall nur solche aus allgemeinen Grundsätzen folgende Beschränkungen geltend, trifft sie insbesondere nur Bestimmungen über die Art und Weise, wie das Eigentum im Interesse der Nachbarn und des allgemeinen Wohles zu benutzen ist, so ist nach der in der Theorie und Rechtssprechung weit überwiegenden Meinung ein Entschädigungsanspruch nicht gegeben“[21]).

In einem andern Fall, der speziell das Baupolizeiwesen berührt, führt das Reichsgericht folgendes aus[22]): „In feststehender Rechtssprechung ist anerkannt, daß dem Einzelnen, der seine besondern Rechte und Vorteile dem Wohl des

---

19) Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen: Bd. 26. S. 337; 45. 251; 72. 85.

20) Bd. 16. 159; 17. 103; 41. 142 und 191; 49. 252; 72. 89; 94. 73.

21) Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 60. 326.

22) Entscheidungen. Bd. 72. 90. Siehe auch Bd. 19. 355; 70. 389.

Gemeinwesens aufzuopfern genötigt wird (§ 75 Einleitung zum A.L.R.) oder dem Eigentümer, der zum Vorteil des Staates oder der Gemeinde Einschränkungen in der Verfügung über sein Eigentum erleidet (§ 30 ff. A.L.R. I. 8) kein Entschädigungsanspruch zusteht, wenn die konkrete, gegen ihn zur Anwendung gebrachte behördliche Maßregel auf allgemeinen gesetzlichen Vorschriften beruht, die ihn zur Duldung eben dieses Eingriffs nötigen, es sei denn, daß in diesen Vorschriften selbst die Entschädigung des hiervon Betroffenen vorgesehen ist. Es versteht sich z. B. von selbst, daß den Eigentümern von Grundstücken nicht schon deshalb ein Entschädigungsanspruch erwächst, weil der Staat im Wege der Gesetzgebung neue nachbarrechtliche Grundsätze aufstellt, die im Gebiet des ganzen oder einzelner Teile des Staatsgebietes die Eigentümer in der Ausnutzung ihres Grundbesitzes einschränken. Was aber von eigentlichen Staatsgesetzen gilt, das gilt nicht minder auch von den Rechtsnormen, die mit Zulassung des Staates und kraft Delegation der ihm zustehenden Gesetzgebungsgewalt von andern Organen des öffentlichen Rechts oder von einzelnen staatlichen Behörden erlassen sind. Hierher gehören insbesondere auch ortspolizeiliche Vorschriften, die im Rahmen des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1883 ergehen.“ Der Entscheid fährt dann fort: „Es liegt im augenscheinlichen Interesse der Gesundheit der Einwohner der Stadt, daß Fabrikanlagen, die mit Notwendigkeit in ihrer näheren Umgebung allerlei Belästigungen durch Rauch und Rußentwicklung, lärmendes Geräusch, vielleicht üble Ausdünstungen und dergleichen verbreiten, nicht planlos nach Willkür der Unternehmer überall im Stadtgebiet errichtet werden und den Bewohnern den Genuß guter Luft und ungestörter Ruhe beeinträchtigen. Das Gesamtinteresse der Bewohnerschaft an räumlicher Begrenzung solcher Fabrikanlagen kann auch nicht aus dem Grund verneint werden, weil je nach der Lage der Wohnungen die gesundheitlichen Vorteile einer Einwohnergruppe ausgiebiger oder andauernder als der andern zu-

gute kommen. Aber auch materiell steht die streitige Vorschrift mit dem geltenden Privatrecht nicht in Widerspruch“[23]).

8. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß die Doktrin, wie auch die Praxis überwiegend der Ansicht sind, daß für Eingriffe in das Privateigentum, die in einem Gesetz vorgesehen sind, Schadenersatz nur verlangt werden kann, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. Auch darüber ist man einig, daß die Eigentumsgarantien der Verfassungen daran nichts ändern. Allerdings bezieht sich dieser Grundsatz der Unverletzlichkeit des Eigentums nicht allein auf die Enteignung, wie eine Meinung sagt, sondern er will auch vorschreiben, daß jeder Eingriff in das Eigentum unmittelbar oder mittelbar nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen darf. Was für das Gesetz gilt, gilt nach der überwiegenden Meinung auch für die Polizeiverordnung, da sie materiell Gesetz ist[24]). Dagegen nimmt die Doktrin und die Rechtsprechung des Reichsgerichtes an, daß für Eingriffe durch Polizeiverfügungen in das Eigentum eine Entschädigungspflicht bestehe[25]). Die aus dem Naturrecht begründeten, grundsätzlich entgegengesetzten Lehren von Zachariä, Zöpfl, Bluntschli, Rüttimann, Gierke und Mayer stehen allein.

II. Die Entschädigungsfrage in der Rechtsprechung des schweiz. Bundesgerichts.

Auch das schweizerische Bundesgericht macht eine scharfe Trennung zwischen rechtmäßiger und unrechtmäßiger

---

23) Es handelte sich um eine Entschädigungsforderung eines Grundeigentümers, dem die Baubewilligung für eine Fabrik an der Bahnhofstraße verweigert wurde, da die betr. Baupolizeiverordnung an dieser Straße nur Gebäude zu Wohn-, Erholungs- und Vergnügungszwecken zuließ.

24) Rosin: Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 56; Biermann, a. a. O. 183; Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I. 87. Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt, S. 213.

25) Arndt: Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat, Berlin 1907, S. 103; Arndt, in der Festgabe für Güterbock, S. 154.

Handhabung der Staatsgewalt, erlaubten und rechtswidrigen Eingriffen in das Privateigentum.

Die ältere Praxis des Bundesgerichts über die Frage der Entschädigungspflicht des Staates und der Gemeinden für Schädigungen der Gesetzgebung und Verwaltung ist äußerst widerspruchsvoll[26]). Heute steht aber das Bundesgericht wie die deutsche Theorie und Rechtsprechung auf dem Boden der Gesetzmäßigkeit der Entschädigung. Ein Entscheid aus dem Jahr 1900 äußert sich dazu wie folgt: „Fragt es sich sodann, ob und in wie weit für den Fiskus eine privatrechtliche Verpflichtung zum Schadenersatz dadurch zur Entstehung gelange, daß ohne Rechtswidrigkeit die Staatsgewalt in die Privatrechtssphäre der Bürger eingreift, so ist vorab zu beachten, daß man es vorliegend nicht mit dem Entzug oder der Schmälerung eines einzelnen oder eines bestimmt begrenzten Kreises von konkreten subjektiven Berechtigungen, sondern mit einer allgemein gültigen, alle gleichartigen Verhältnisse erfassenden Norm objektiven Rechts zu tun hat. Nun besteht zunächst ein allgemeiner Rechtssatz des Inhaltes, daß für Schädigungen Privater, welche eine von zuständiger Stelle ausgehende Änderung der Privatrechtsordnung mit sich bringt, der Staat aufzukommen habe, nicht; und so wenig wie der Gesetzgeber, zumal der Verfassungsgesetzgeber, gehindert ist, für die Zukunft den Inhalt der Privatrechte, insbesondere auch der durch Vertrag begründeten, zwingend zu bestimmen, so wenig kann es ihm verwehrt werden, solche Vorschriften auch als für die bestehenden Verhältnisse maßgebend zu erklären, ohne daß deshalb eine Schadenersatzpflicht begründet würde. Es ist eine Frage der Gesetzgebungspolitik, ob bei

---

26) A. Sprecher v. Bernegg: Über die Entschädigungspflicht d. Staates, S. 48 ff.; E. Vogt: Rechtmäßige Eingr. d. Staates in sub. Privatrechte, S. 75 ff.; Fischer: Die Haftbarkeit des Staates und der Gemeinden für Schädigungen Privater durch legislatorische und administrative Erlasse: Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. I, S. 77 ff. His: Das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht: Zeitschrift f. schweiz. Recht, Bd. 42 n. F. S. 22 ff.

Schmälerung solcher Rechte durch die staatliche Gesetzgebung ein Ausgleich stattzufinden hat und wie oder ob sich die Betroffenen ohne das mit der neuen Lage abzufinden haben. Wenn das Gesetz schweigt, so ist in der Regel letzteres anzunehmen, und eine Entschädigungspflicht des Staates tritt nur ein, wenn sie erkennbar gewollt ist“[27]).

In bezug auf Eingriffe der Verwaltung steht die Praxis des Bundesgerichts auf dem gleichen Boden[28]): „Im übrigen ist einzugestehen, daß die Rechtmäßigkeit des Eingriffs die Entschädigungspflicht des Staates oder des Gemeinwesens noch nicht ausschließt. Aber wenn es auch in vielen Fällen ein Postulat der Gerechtigkeit ist, dem in den Gesetzgebungen in mannigfacher Weise Rechnung getragen ist, daß, wenn durch solche rechtlich zulässigen Eingriffe der Verwaltung den Einzelnen der Allgemeinheit gegenüber Opfer zugemutet werden, ein Ausgleich des Vermögensnachteils folge, so kann doch ein allgemein gültiger Rechtssatz des Inhaltes, daß Staat oder Gemeinwesen für jeden auf der rechtmäßigen Tätigkeit ihrer Organe und speziell der Verwaltung entstandenen Nachteil dem Eigentümer Ersatz schulde, nicht anerkannt werden. Vielmehr muß sich der Anspruch auf Schadensausgleich im einzelnen auf eine besondere Rechtsnorm, die für mehr oder weniger umfassende Tatbestände bestehen mag, stützen können.“. Diese Ansicht ist auch in neueren Entscheiden bestätigt worden[29]).

Auf der Suche nach einem Rechtssatz, der die Entschädigungspflicht des Staates für rechtmäßige Eingriffe in Privatrechte ausspricht, stoßen wir in erster Linie auf die Eigentumsgarantie. Diese wird in solchen Fällen immer angerufen, wenn im betreffenden Spezialgesetz, das die Schädigung be-

---

27) B. G. E. XXVI. II. 509.

28) B. G. E. XXXI. 554, betreffend Schadenersatz für Eigentumsbeschränkungen durch Straßen und Baulinien.

29) B. E. G. XXXVI. II. 307; XXXVIII. II. 389; XXII. 1012; XLVII. II. 511; frühere gegenteilige Entscheide: XV. 739; XVII. 574; XX. 321.

wirkt hat, ein Entschädigungsanspruch ausgeschlossen oder übergangen wurde. Es stellt sich daher die Frage, ob auf Grund der Eigentumsgarantie Entschädigung verlangt werden kann und ob die Eigentumsgarantie verletzt ist, wenn ein Gesetz einen Entschädigungsanspruch für Eingriffe in das Privateigentum ausschließt. Aus der Eigentumsgarantie geht in erster Linie hervor, daß nicht ohne Entschädigung expropriert werden darf, was nicht bestritten ist. Es wird daher nötig, vor allem eine Abgrenzung der Enteignung gegenüber andern Eingriffen in das Privateigentum zu suchen.

Allgemein verbindliche Anordnungen, gehen sie von der gesetzgebenden Gewalt oder von der Verwaltung aus (Rechtsverordnungen), lassen kein Enteignungsverhältnis entstehen[30]). Die Expropriation ist immer ein spezieller Eingriff. Wo es sich um Spezialeingriffe, um die Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Einzelinteresses handelt, dessen Rechtsgrund in einem rechtsändernden Verwaltungsakt liegt, so liegt der Fall der Expropriation vor, und es muß Entschädigung geleistet werden[31]).

Den Gegensatz zu den speziellen Eingriffen bilden die allgemeinen. Für solche wird keine Entschädigung geleistet; es handelt sich nicht um Expropriation, sondern nur um Beschränkungen des Eigentums. Eingriffe genereller Natur wie die Eigentumsbeschränkungen fallen nicht unter die Expropriation. Wenn auch solche Beschränkungen dem Einen viel größeren Schaden zufügen als einem Andern, so verlieren sie dadurch ihren generellen Charakter nicht, auch wenn sie der Expropriation durchaus ähnlich scheinen. Dasselbe gilt für feststellende Verwaltungsakte, z. B. die Festsetzung von Flucht- und Baulinien. Durch diese stellt die Verwaltung nur eine aus dem Gesetz hervorgehende, für alle gleichartigen Rechte gültige Rechtsbeschränkung fest[32]). An

30) R. Haab: Das Objekt der Expropriation, Diss. Bern 1916.
31) B. G. E. XX. 327; XV. 735; XVI. 709.
32) Haab: Objekt der Expropriation, S. 33.

der Intensität der Beeinträchtigung des Einzelnen erkennt man die Expropriation nicht. Es muß immer die Natur des die Verletzung begründenden Staatsaktes geprüft werden. Der gleiche Zweck kann mit generellèn oder mit speziellen Mitteln erreicht werden; im einen Falle handelt es sich um eine Expropriation, im andern um eine bloße Eigentumsbeschränkung, für welche nicht entschädigt zu werden braucht[33]). Kann sich die Verwaltung nicht auf ein Gesetz stützen, so bleibt nur der spezielle Eingriff möglich, wobei dann entschädigt werden muß.

Was speziell Baubeschränkungen betrifft, hat das Bundesgericht folgendes erklärt[34]): „Würde die Nichtbewilligung der Baute nicht gestützt auf die Bestimmungen einer allgemein verbindlichen Rechtsnorm, sondern aus andern Gründen erfolgt sein, so müßte ohne Zweifel in jenen Verfügungen eine zur Entschädigung verpflichtende Expropriation eines dem Kläger zustehenden Rechts erblickt werden, indem Beschränkungen des Eigentumsrechts nur durch die objektive Rechtsregel oder auf dem Wege der Expropriation begründet werden können. Allein die Versagung des Konsenses zur Ausführung des Bauprojektes beruht keineswegs auf einem individuellen Eingriff in ihre gesetzlichen Rechte, sondern sie stützt sich auf ein allgemein verbindliches Gesetz." In einem andern strittigen Fall, der vor das Bundesgericht gezogen wurde, hatte die Bauordnung der Stadt Zürich, welche für gewisse Quartiere die offene Bauweise vorsieht, Anlaß zu folgenden Äußerungen unseres obersten Gerichtshofes gegeben: „Und wenn hierbei für derartige Eigentumsbeschränkungen, abgesehen natürlich von Fällen, da eine vom Eigentümer auf Grund der früheren Rechtsordnung bereits ausgeübte Befugnis entzogen wird, keine Entschädigung gewährt wird, so verstößt das weder gegen die Eigentumsgarantie, noch speziell gegen den Satz des Art. 4 der zürche-

---

[33]) B. G. E. II. 96; V. 391 und 538; VI. 597; XXVI. 2 und 508; XXX. I. 65; XXXI. II. 543; XXXVI. II. 314; XXXVII. I. 503 ff.

[34]) B. G. E. V. 395.

rischen Verfassung, wonach Zwangsabtretungen nur gegen Entschädigung zulässig sind[35])." In einem andern neueren Entscheid verneint das Bundesgericht die Schadenersatzpflicht indem es ausführt, eine Entschädigungspflicht ergebe sich aus der Eigentumsgarantie nicht, „da von einer Verletzung dieser Garantie bekanntlich in denjenigen Fällen nicht gesprochen werden kann, in denen einfach wie hier der Inhalt des Eigentums bzw. eines eigentumsähnlichen dinglichen Rechts durch Normen des objektiven Rechts in einer für alle Bürger verbindlichen Weise eingeschränkt, die Substanz des Rechts dagegen nicht betroffen wird[36])."

Noch ein Fall aus dem Kanton Basel sei speziell erwähnt. Es wurde dort auf Grund des Sanitätsgesetzes, welches vorschrieb, daß gewisse Gewerbe nicht in eng gebauten Quartieren sondern nur da gestattet seien, wo die öffentliche Gesundheit nicht gefährdet werde, ein Bau aus gesundheitspolizeilichen Gründen verboten. Das Bundesgericht führt dazu folgendes aus: „Die Vorschrift ist eine allgemein verbindliche, sie beschränkt das Eigentum in der bezeichneten Richtung für den ganzen Kanton. Es ist keine Rede davon, daß darin ein individueller Eingriff in die Privatrechtssphäre des Bauunternehmers liege, welcher denselben zu einer Entschädigungsforderung berechtigen würde gemäß Art. 6 der Kantonsverfassung, trotzdem vielleicht tatsächlich nur wenige Einwohner von Basel von jener Beschränkung getroffen werden[37])."

---

35) B. G. E. XXX. I. 66.

36) B. G. E. XXXVI. II. 314. Burckhardt Kommentar, S. 798; vergleiche auch die Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Praxis bei Fischer, im Zentralblatt f. Staats- und Gem.-verw. Bd. I. 177 ff.; Vogt: a. a. O. S. 75 ff. Haab a. a. O. S. 30 ff. und die dort zitierte Literatur; die Entschädigungspflicht wird ferner verneint von Schweizer: Die modernen Baubeschränkungen, S. 110 ff.; Erwin Ruck: Das Eigentum im schweizerischen Verwaltungsrecht, Festgabe für P. Speiser, S. 36; Elser: St. Gallisches Baupolizeirecht, S. 8 und 110; Leemann, Kommentar z. Sachenrecht, Art. 702, Note 9 und 10.

37) B. G. E. V. 396.

Aus diesen Entscheiden geht hervor, daß das Bundesgericht einen Entschädigungsanspruch für gesetzliche Eigentumsbeschränkungen auf Grund der Eigentumsgarantie nicht anerkennt. Das Bundesgericht untersucht nicht, ob trotz der formellen gesetzlichen Eigentumsbeschränkung vielleicht doch materiell die Beschränkung nicht allgemein wirkt, sondern einer Expropriation gleichkommt. Es kann vorkommen, daß eine gesetzliche Baubeschränkung, obwohl sie im Gesetz oder in einem auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Gemeindereglement vorgesehen ist, und trotzdem sie als generelle, für alle Grundstücke gültige Beschränkung gedacht ist, nur einen einzigen Grundeigentümer trifft und so einer Expropriation oder einer zwangsweisen Auferlegung einer Servitut gleichkommt. Dies ist häufig der Fall bei Alignementsplänen, wo die Straßen-, Flucht- und Baulinien festgesetzt werden und ein einzelner Grundstückseigentümer möglicherweise ganz unverhältnismäßig mehr geschädigt wird als sein Nachbar. Aber auch in solchen offenbar unbilligen Fällen kann nach der bundesgerichtlichen Praxis mit der Eigentumsgarantie nicht geholfen und Entschädigung auf Grund derselben nicht verlangt werden.

Gegen die Auffassung des Bundesgerichts haben neuerdings Stellung genommen A. Sprecher v. Bernegg und His[38]). Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Entschädigung wird als Notbehelf hingestellt; die Theorie sage wohl, wann eine Entschädigung zu leisten sei, aber nicht warum. Die kasuistische Enumeration der entschädigungspflichtigen Staatsakte müsse durch einen allgemeinen Grundsatz der Entschädigungspflicht für besondere Opfer und ungleiche Lasten und Nachteile, die dem Einzelnen im Vergleich zu Andern auferlegt werden, ersetzt werden. Die besondere Last, der besondere Eingriff, ist diejenige Einwirkung der Staatsgewalt auf die Interessensphäre des Einzelnen, die für ihn eine

---

[38]) Andreas Sprecher v. Bernegg: Über die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öff. Gewalt; His: Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. 42, S. 22 ff.

ungleiche Belastung im Vergleich zur tatsächlichen oder gedachten Belastung aller übrigen gleichzubehandelnden Rechtssubjekte darstellt[39]).

Sprecher ist nun der Ansicht, daß sich die Entschädigung für solche ungleiche Lasten aus Art. 4 der Bundesverfassung ergebe. Dem stimmt auch His zu. Den sichersten und erfolgreichsten Weg für die Einführung einer Entschädigungspflicht des Staates sieht His aber in einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Formulierung des Grundsatzes, z. B. durch Hinzufügung eines zweiten Absatzes zu Art. 4 der Bundesverfassung. Für eine staatliche Entschädigungspflicht spricht sich auch Burckhardt aus[40]).

III. Die Frage der Entschädigungspflicht für Eigentumsbeschränkungen im französischen Recht[41]).

Auch im französischen Recht gibt es keinen allgemeinen Grundsatz der Entschädigungspflicht für rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Eine Entschädigung wird nur geleistet, wenn sie in einem Gesetz für den speziellen Fall vorgesehen ist.

Auch das öffentliche Recht Frankreichs proklamiert feierlich die Unverletzlichkeit des Eigentums. Die Expropriation ist nur zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt und gegen vollständige Entschädigung.

Das Eigentum wird in Art. 544 des Code civil definiert. Danach darf der Eigentümer keinen Gebrauch von sei-

---

39) His, S. 43.

40) Burckhardt: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft., S. 97.

41) Berthélémy: Traité élémentaire de droit administrative, Paris 1916, S. 609; M. Hauriou: Précis de droit administrative, 1921, S. 670 und 686 ff.; Hauriou: Princip de droit public, Paris 1916, S. 543; Laferrière: Le droit de propriété et le pouvoir de police, Thèse Paris 1908; Bailby: De la responsabilité de l'état envers les particuliers, Thèse Bordeaux, S. 181; G. Jèze: Das Verwaltungsrecht d. franz. Republik, Öffentliches Recht der Gegenwart, Bd. XXIII. S. 430.

nem Eigentum machen, der durch die Gesetze und Reglemente verboten ist. Unter diesen Verpflichtungen ist auch diejenige zu nennen, die darin besteht, die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt werden, zu beobachten. Der Staat hat das Recht, dem Eigentum die nötigen Beschränkungen aufzuerlegen. Auch durch Reglemente können Beschränkungen eingeführt werden, wenn jene auf Grundlage eines Gesetzes erlassen wurden. Eine Entschädigung wird nicht geleistet, wenn durch eine Gesetzesreform das Eigentum modifiziert wird in der Hinsicht, daß ein bestimmter Gebrauch, der bis dahin zulässig war, von nun an verboten sein soll. Wenn trotzdem einzelne Gesetze für gewisse Fälle eine Entschädigung vorsehen, so geschieht dies auf Grund einer freiwilligen Konzession, die durch keinen höheren Rechtssatz verlangt wird. Auch Berthélémy verneint die Entschädigungspflicht für öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen, sagt aber, dies sei Gegenstand einer Kontroverse. Die Anhänger der Entschädigungspflicht begründen sie damit, daß die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen Eingriffe in die Privatinteressen zu Gunsten des öffentlichen Interesses darstellen. Es liege ein Vorteil für alle und ein Nachteil für einen Einzigen vor. Die Verwaltung, welche das öffentliche Interesse repräsentiere, müsse dem ihr zukommenden Vorteil Rechnung tragen und den verursachten Schaden wieder gut machen. Nach dieser Ansicht müsse Art. 545 c. c., der das Entschädigungsprinzip für die Expropriation aufstelle, ausgedehnt werden auch auf die Eigentumsbeschränkungen. Einige Spezialgesetze, welche für gewisse Eigentumsbeschränkungen Entschädigungen gewähren, seien nichts anderes als die Anwendung dieses Prinzips. Dagegen, sagt Berthélémy, lasse die Frage der Billigkeit die andere Frage, wie dem Verlangen nach Entschädigung im positiven Recht Rechnung getragen sei, unberührt. Es müsse billig erscheinen, den Eigentümer zu entschädigen, aber das positive Recht kenne keinen allgemeinen Entschädigungsanspruch. Art. 545

c. c. beziehe sich ausschließlich auf die Expropriation. Art. 644 c. c. sage, daß niemand einen durch die Gesetze verbotenen Gebrauch einer Sache machen dürfe. Diese gesetzlichen Verbote seien nichts anderes als die Eigentumsbeschränkungen. Auch Art. 1382 c. c. könne nicht angerufen werden, denn er beziehe sich auf ungesetzliche Maßnahmen; bei den Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts habe man es aber mit gesetzlichen Maßnahmen zu tun. Ferner sage Art. 650 c. c., daß die Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts durch die Verwaltungsgesetze geregelt würden. In diesen Verwaltungsgesetzen gebe es keinen allgemeinen Rechtssatz, welcher dem geschädigten Eigentümer das Recht gebe, für öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen Entschädigung zu verlangen. Ein letztes Argument für die Nichtentschädigung liefere der Code civil dadurch, daß für die privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen keine Entschädigung geleistet werde, weil sie eben das normale Prinzip des Eigentums zum Ausdruck bringen. Das gleiche gelte für die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen. Im Falle des Stillschweigens eines Gesetzes sei von den Gerichten keine Entschädigung zuzusprechen.

IV. Die Frage der Entschädigungspflicht der bernischen Gemeinden für Baubeschränkungen.

Es wurde festgestellt, daß nach der herrschenden Lehre und Praxis der Gerichte der Staat für rechtmäßige Eingriffe in die Privatrechtssphäre nur Entschädigung gewährt, wenn ein besonderer Rechtssatz diese vorsieht. Wir haben ferner gesehen, daß ein Entschädigungsanspruch aus der Eigentumsgarantie nicht abgeleitet werden kann, weil die Eigentumsgarantie das Eigentum nur mit dem Inhalt garantiert, der ihm von der jeweiligen Rechtsordnung gegeben wird.

Es verstößt somit der Art. 13 des bernischen Alignementsgesetzes von 1894, welcher sagt, daß wegen den im

Alignementsgesetz vorgesehenen Beschränkungen der Baufreiheit keine Entschädigung verlangt werden könne, nicht gegen die Eigentumsgarantie der bernischen Staatsverfassung. Art. 13 des Alignementsgesetzes entspricht der herrschenden Rechtsauffassung vom Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Entschädigungspflicht des Staates und der Gemeinden, indem er, um jeden Zweifel auszuschließen, ausdrücklich in positiver Form ausspricht, was auch bei Stillschweigen des Gesetzes gelten würde. Der Grundsatz der Nichtentschädigungspflicht von Art. 13 des Alignementsgesetzes wird in vielen Gemeindebauordnungen einfach wiederholt, teilweise unter wörtlicher Wiedergabe des Art. 13. Auch andere kantonale Baugesetze schließen ausdrücklich die Entschädigungspflicht aus, z. B. das Baugesetz in Zürich vom 23. April 1893 § 12, Neuenburg, Art. 21 des Gesetzes vom 26. März 1912, Luzern, Art. 12 des Baugesetzes, Waadt, Art. 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1898, ebenso St. Gallen. Dagegen baut das aargauische Recht auf dem Grundsatz der Entschädigungspflicht auf, Art. 111 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch. Keine Entschädigung wird aber geleistet bei Baubeschränkungen aus Gründen der Gesundheit und Sicherheit oder bei Beschränkung der Baufreiheit zufolge von Baulinien, sofern das Grundstück trotzdem noch zweckmäßig bebaut werden kann. (§ 13 und 14 des aargauischen Einführungsgesetzes[42]).

Art. 13 des bernischen Alignementsgesetzes sieht vor, daß trotz dem Prinzip der Nichtentschädigung für Baubeschränkungen aus Billigkeitsgründen doch in ganz bestimmten Fällen Entschädigung geleistet wird. Es betrifft dies folgende Fälle[43]):

1. Wo neben Straßen öffentliche Plätze oder Anlagen später zur Ausführung kommen sollen, hat die Gemeinde

---

[42]) Die Entschädigungspflicht wird ferner verneint im Ortsstraßengesetz von Baden von 1908, auch in der Bauordnung von Württemberg aus dem Jahr 1910.

[43]) Ähnliche Ausnahmen von der Nichtentschädigung enthält das preußische Fluchtliniengesetz von 1875, § 13.

nach Wahl der abtretungspflichtigen Grundeigentümer das für die Plätze oder Anlagen erforderliche Land gleichzeitig mit demjenigen für die Straße zu erwerben oder die Grundeigentümer für den Entzug der Baufreiheit zu entschädigen.

2. Wenn ein Grundstück durch die Straßenflucht- und Baulinien ganz oder so weit in Anspruch genommen wird, daß das Restgrundstück sich nicht mehr zur Bebauung eignet, so kann der Eigentümer die sofortige Übernahme des ganzen Grundstücks durch die Gemeinde verlangen.

3. Wenn die Gemeinde vorschreibt, daß eine Straße nur auf einer Seite bebaut werden dürfe, so können die Eigentümer solcher auf der andern Seite gelegener Grundstücke, welche sich sonst zum Bauen eignen würden, von der Gemeinde sofortige Übernahme gegen Vergütung ihres Wertes vor der Beschränkung oder Ersatz für den durch die Beschränkung entstehenden Minderwert verlangen.

Diese drei Fälle sehen der Expropriation durchaus ähnlich, fallen aber doch nicht unter diese, so daß nicht die Grundsätze der Expropriation über die Entschädigungspflicht zur Anwendung kommen könnten. Die Wirkungen des Eingriffs sind eben bei der Beantwortung der Frage, ob es sich um eine Expropriation oder um eine allgemeine Beschränkung handle, nicht maßgebend, so wenig wie es darauf ankommt, ob im Resultat die Anzahl der von der staatlichen Anordnung betroffenen Subjekte kleiner oder größer ist. Maßgebend ist nur die Natur des die Privatrechte verletzenden Staatsaktes. Allgemein verbindliche Anordnungen, wie sie in Art. 13, Ziff. 1—3, des Alignementsgesetzes genannt sind, fallen nicht unter die Expropriation. Trotzdem gewährt das Alignementsgesetz aus Billigkeitsgründen Entschädigung. Der Gesetzgeber ist frei, für die Beschränkungen des Eigentums die gleichen Bedingungen aufzustellen wie für die Expropriation, wenn es ihm scheint, daß eine Beschränkung zu schwerwiegend ist. In diesen Fällen kann er ganz oder teilweise Entschädigung gewähren wie Art. 13 des Aligne-

mentsgesetzes. Dies geschieht aber aus Freiwilligkeit und ist eine Forderung der Billigkeit, die nicht durch die Eigentumsgarantie verlangt wird.

Ganz anders verhält es sich mit dem in Art. 11 des Alignementsgesetzes vorgesehenen Fall, wo die Privaten nicht nur allgemein verbindliche Anordnungen der Baupolizei über sich ergehen lassen müssen, sondern wo es sich um Landabtretungen zur Errichtung von Straßen und Plätzen handelt, die durch einzelne Verwaltungsakte, die nicht Recht schaffen, verwirklicht werden. Hier nimmt die Gemeinde Privateigentum zur Verwirklichung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben in Anspruch, ohne daß dies eine Umgestaltung der objektiven Rechtsordnung darstellen würde. Solche Verwaltungsanordnungen stellen Eingriffe in das Privateigentum dar, die nur durch Expropriation mit voller Entschädigung vorgenommen werden können. Die Gemeinden sind daher im Falle von Art. 11 zur Entschädigung nach den Grundsätzen der kantonalen Expropriationsgesetzgebung verpflichtet, dagegen nicht bei allgemein verbindlichen Baubeschränkungen[44]). Es steht den bernischen Gemeinden natürlich frei, für alle Baubeschränkungen zu entschädigen, aber in den in den Ziff. 1—3 des Art. 13 des Alignementsgesetzes genannten Fällen sind sie dazu auch verpflichtet. Damit hat der viel kritisierte Grundsatz der Nichtentschädigungspflicht für Baubeschränkungen in seinen größten Härten im bernischen Recht eine Milderung erfahren[45]).

§ 8.

Die Ablösung von Servituten im Dienste der bernischen Baupolizei.

1. Es stellt sich die Frage, welches die Rechtslage sei, wenn eine Bauordnung einer bernischen Gemeinde mit wohlerworbenen Rechten von Drittpersonen in Konflikt kommt.

---

[44]) Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bd. 43, S. 251.

[45]) E. Ruck, a. a. O. S. 37.

Der wichtigste Fall ist der, daß eine Bauordnung in bestehende Dienstbarkeiten eingreift.

Es sagt z. B. der Art. 77 des Entwurfes zu einer neuen Bauordnung der Stadt Bern von 1928, daß die besondern Vorschriften der Bauklassen für geschlossene Bauweise und Industriegebiete nicht durch privatrechtliche Baubeschränkungen abgeändert werden dürfen. Derartige Dienstbarkeiten, die schon vor dem Inkrafttreten der Bauordnung bestanden haben, dürfen nach dem zitierten Artikel nach Maßgabe der öffentlichrechtlichen Vorschriften losgelöst werden.

Es ist zum Beispiel denkbar, daß auf einem Grundstückskomplex, für den die Bauordnung die geschlossene Bauweise vorsieht, eine Dienstbarkeit lastet, des Inhaltes, daß nur im Villenstil gebaut werden dürfe. Dadurch würde die praktische Durchführung der Bauordnung illusorisch gemacht, wenn es nicht möglich wäre, eine solche der Bauordnung widersprechende Dienstbarkeit zu beseitigen. Durch die Baubewilligung kann eine solche Schwierigkeit nicht beseitigt werden, da in der Baubewilligung die privatrechtlichen Ansprüche immer vorbehalten werden und im Baubewilligungsverfahren darüber nicht entschieden wird[1]). Es fragt sich, ob es zulässig ist, wie der Entwurf zu einer Bauordnung für die Stadt Bern es tut, zu erklären, daß widersprechende Dienstbarkeiten, welche die Durchführung der in der Bauordnung vorgesehenen Neuerungen hindern, abgelöst werden können.

2. Zunächst sei festgestellt, daß sich die Eigentumsgarantie nicht allein auf das Eigentum bezieht. Das Bundesgericht sagt gegenteils: „Diejenigen Verfassungen, welche wie die Verfassung des Kantons Bern den Grundsatz des Schutzes wohlerworbener Privatrechte dahin formulieren, daß sie das Eigentum oder alles Eigentum als unverletzlich erklären, gebrauchen dabei das Wort Eigentum anerkanntermaßen nicht im engern juristisch technischen Sinne, sondern im

---

[1]) Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht, Bd. 16, Nr. 101.

weitern Sinn, wonach es Vermögensrecht, wohlerworbenes Privatrecht überhaupt bedeutet[2]). Gegenstand der Eigentumsgarantie sind also alle subjektiven, privatrechtlichen Vermögensrechte dinglicher und obligatorischer Natur.

Bei der Ablösung von Dienstbarkeiten handelt es sich aber nun nicht, wie bei den Baubeschränkungen, um bloße Veränderungen des Inhaltes des Eigentums, wie sie gegenüber der Eigentumsgarantie zulässig sind ohne Entschädigung. Es handelt sich vielmehr um einen Eingriff in die Substanz eines Rechts, in welchen Fällen immer eine Entschädigung zu leisten ist[3]).

Eine Bauordnung einer bernischen Gemeinde kann nicht selbständig die Ablösung privatrechlicher Ansprüche vorschreiben. Dazu bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, d. h. der Eingriff in Privatrechte kann nur durch Gesetz oder ein auf Gesetz beruhendes Reglement oder Verordnung erfolgen. Den bernischen Gemeinden fehlt nun die gesetzliche Grundlage, um die Loslösung von Dienstbarkeiten selbständig vorzuschreiben. Das Alignementsgesetz bietet kein genügendes Fundament. Der Art. 77 des Entwurfes zur neuen Bauordnung der Stadt Bern sieht denn auch nicht eine selbständige Ablösungsmöglichkeit vor, sondern verweist auf die öffentlichrechtlichen Vorschriften.

Die Beseitigung von hinderlichen Dienstbarkeiten kann in erster Linie auf dem Wege der Expropriation erfolgen, und maßgebend ist hierbei das Gesetz über die Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigentums vom 3. Sept. 1868, Art. 1 und 5. Wenn somit ein Grundeigentümer gemäß der Baubewilligung einen Bau auszuführen gezwungen ist, welcher mit einer auf dem Grundstück lastenden Dienstbarkeit kollidiert, so hätte er bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 1 des Expropriationsgesetzes die Möglichkeit, gegen volle Entschädigung zu expropriieren. Wenn die Expro-

---

2) B. G. E. XVI. 717; XXVIII. I. 181; XXXV. I. 571.

3) Vergleiche die vorn zitierten Bundesgerichtsentscheide.

priation im Zusammenhang mit einem Alignementsplan erfolgt, so schließt die Genehmigung des Alignementsplanes nach Art. 11 des Alignementsgesetzes das Expropriationsrecht an die Gemeinde in sich für die öffentlichen Plätze und Straßen, welche in Ausführung des Alignementsplanes hergestellt werden. Dieses Expropriationsrecht bezieht sich auch auf die Ablösung von Dienstbarkeiten. Wenn aber die Gemeinde zur Durchführung der Bauordnung die Ablösung von Dienstbarkeiten auf dem Wege der Expropriation durchführen wollte, so müßte sie dafür Entschädigung leisten. Diese Art des Vorgehens würde eine schwere finanzielle Belastung der Gemeinde bedeuten, da sie auf die betreffenden Grundeigentümer auch nicht Regreß nehmen könnte.

Eine Ablösungsmöglichkeit ist ferner in Art. 736 Z.G.B. vorgesehen. Diese ist rein privatrechtlicher Natur und bei streitigen Fällen auf dem Wege des Zivilprozesses zu erledigen. Die Ablösung kann aber nur erfolgen, wenn die besondern Voraussetzungen des Art. 736 Z.G.B. vorliegen, wenn also für den Berechtigten die Dienstbarkeit jedes Interesse verloren hat, oder wenn sein Interesse im Vergleich zur Belastung unverhältnismäßig geringer ist; im letzteren Fall jedoch nur gegen Entschädigung. Mit der bloßen Tatsache, daß eine Bauordnung den privatrechtlichen Dienstbarkeiten entgegensteht, sind die Voraussetzungen des Art. 736 Z.G.B. aber noch nicht ohne weiteres gegeben.

Art. 736 Z.G.B. schließt nicht aus, daß die Kantone in Spezialgesetzen aus Gründen des öffentlichen Rechts die Ablösung von Dienstbarkeiten normieren. Diese Möglichkeit ist in Art. 736 Z.G.B. stillschweigend vorbehalten[4]). Art. 16 des bernischen Alignementsgesetzes enthält denn auch eine besondere Ablösungsbestimmung. Weil das alte bernische Zivilgesetzbuch keine Ablösungsmöglichkeit für Dienstbarkeiten kannte, wurde dem Rechnung getragen durch Aufnahme einer

---

[4]) Vergl. Leemann, Kommentar, Note 2 und 18 zu Art. 736 Z. G. B. und Zeitschrift d. bern. Jurist.vereins, Bd. 49, S. 283.

entsprechenden Bestimmung in das Alignementsgesetz. Diese ist privatrechtlicher Natur, beruht aber auf öffentlichrechtlichem Grunde.

3. Eine andere Frage ist die, ob nach den maßgebenden Bestimmungen der Belastete nicht nur das Recht hat, die Ablösung einer Dienstbarkeit zu verlangen, sondern ob er auch verpflichtet werden kann, die Belastung abzulösen. Natürlich hat die Erteilung der Baubewilligung, die den Bauenden verpflichtet, in einer bestimmten Weise zu bauen, nicht auch die Wirkung, daß er gezwungen werden kann, die entgegenstehenden Dienstbarkeiten abzulösen. Art. 16 des Alignementsgesetzes bedeutet für den Belasteten nur ein Können und nicht auch ein Müssen. Anderseits zwingt Art. 16 den Berechtigten nicht unter allen Umständen dazu, seine Dienstbarkeit ablösen zu lassen. Die Durchführung einer Bauordnung könnte somit wiederum scheitern an den entgegenstehenden Dienstbarkeiten, wenn diese nicht auf dem Wege der Enteignung oder Ablösung wegen Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen dem Berechtigten entzogen werden können oder trotz der vorhandenen Voraussetzungen für die Enteignung oder Ablösung vom Belasteten mangels eines gesetzlichen Zwanges nicht beseitigt werden. Eine sichere Grundlage dafür, daß in einer Bauordnung einer bernischen Gemeinde die Bestimmung aufgenommen werden darf, wonach der Bauende gezwungen werden könne, entgegenstehende Dienstbarkeiten zu seinen Lasten abzulösen und der Dienstbarkeitsberechtigte sich diese Ablösung in allen Fällen (nicht nur in den vom Gesetz genannten Fällen) gefallen lassen müsse, enthält das Alignementsgesetz nicht.

In seinem Entscheid vom 5. Oktober 1910[5]) hat aber das Bundesgericht einen Ablösungszwang trotz dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift angenommen, um der Baupolizei in ihren Bestrebungen zur Ermöglichung einer rationellen Überbauung entgegenzukommen. Auf die Frage,

---

[5]) B. G. E. XXXVI. I. 686.

ob nach dem Baugesetz von Zürich ein mit einer Dienstbarkeit belasteter Grundeigentümer zur Ablösung gezwungen werden könne, natürlich nur gegen Entschädigung, hat das Bundesgericht folgende Antwort gegeben: „Es ist richtig, daß ein dem Servitutbelasteten gegenüber auszuübender Ablösungszwang im kantonalen Baugesetz und auch in der Verordnung betreffend das Verfahren bei der Prüfung von Quartierplänen und bei Grenzregulierungen nirgends ausdrücklich vorgesehen ist . . . Das Gesetz regelt somit direkt nur die Frage, ob und inwieweit ein Grundeigentümer angehalten werden könne, ein dingliches Recht gegen Geld abzutreten, nicht auch umgekehrt die Frage, ob unter Umständen jemand gezwungen werden könne, ein dingliches Recht zu erwerben und dafür Barzahlung zu leisten, bzw. ob der Eigentümer eines servitutbelasteten Grundstücks gezwungen werden könne, sich von der Servitut loszukaufen . . . Nun ist dem Rekurrenten gewiß zuzugeben, daß die Zulässigkeit eines dem Servitutbelasteten gegenüber auszuübenden Zwanges zur Ablösung sich keineswegs von selbst versteht und auch nicht ohne weiteres aus der Zulässigkeit der Expropriation erfolgt; denn die Expropriation bedingt bloß einen Zwang zur Abtretung eines Rechts bzw. zum Verzicht auf dasselbe gegen Entschädigung, nicht umgekehrt einen Zwang zum Erwerb eines Rechts oder zum Loskauf von einer Last, also zur Zahlung einer Geldsumme. Und es kann auch nicht gesagt werden, daß die Möglichkeit, einen Servitutbelasteten zum Loskauf seiner Servitut zu zwingen, in demselben Maß eine Vorbedingung der rationellen Überbauung eines Quartiers sei wie umgekehrt die Möglichkeit, einen Servitutberechtigten auf seine Servitut gegen volle Entschädigung zum Verzicht zu zwingen. Also bedeutet zweifellos der dem Servitutbelasteten gegenüber ausgeübte Zwang zum Loskauf von der Servitut unter Umständen einen empfindlicheren Eingriff in die Rechtssphäre des Privaten, als der dem Servitutberechtigten gegenüber ausgeübte Zwang zum Verzicht auf seine Servitut . . . Ergibt sich demnach die Zulässigkeit eines dem Servi-

tutbelasteten gegenüber auszuübenden Ablösungszwanges nicht schon aus der Zulässigkeit der Expropriation, und ist ein solcher Zwang auch im zürcherischen Baugesetz für Ortschaften mit städtischen Verhältnissen nicht ausdrücklich vorgesehen, so ist doch anderseits unverkennbar, daß der Sinn und Zweck des genannten Gesetzes zweifellos dahin geht, unter Umständen auch einen solchen Ablösungszwang eintreten zu lassen. Das Gesetz bezweckt die Ermöglichung einer rationellen Überbauung der städtischen Quartiere. Um diesen Zweck zu erreichen, wird nicht nur die Expropriation einzelner Grundstücke, bzw. einzelner Servituten zulässig erklärt, sondern nötigenfalls gerade die Zusammenlegung sämtlicher Grundstücke eines ganzen Quartiers. Es ist selbstverständlich, daß bei solchen Zusammenlegungen zahlreiche bisher bestandene Servituten untergehen, und daß speziell auch dieser Untergang von Servituten durch die in § 25 vorgesehene Barzahlung ausgeglichen werden muß. Wäre nun die Absicht des Gesetzgebers gewesen, solche Ausgleichungen mittels Barzahlung jeweilen nur für denjenigen obligatorisch zu erklären, der die Geldleistung entgegenzunehmen hat, nicht auch für denjenigen, der sie zu leisten hat, so wäre dies zweifellos im Anschluß an § 25 oder an anderer Stelle irgendwie zum Ausdruck gebracht worden."

Diese Argumentation auf das bernische Recht angewendet, käme man zum Resultat, daß die bernischen Gemeinden auf Grund des Alignementsgesetzes besondere Ablösungsbestimmungen für Dienstbarkeiten aufstellen können, ohne daß es nötig sei, daß das Alignementsgesetz dies ausdrücklich sage, also ohne besondere gesetzliche Grundlage, sondern aus dem Sinn und Zweck des Alignementsgesetzes. Wir glauben nicht, daß der Regierungsrat einer solchen Bauordnung die Genehmigung erteilen würde[6]).

---

[6]) Vergleiche ein Gutachten von Dr. Hans Matti an die Baudirektion der Stadt Bern über einige Bestimmungen des Entwurfes zu einer neuen Bauordnung für die Stadt Bern (nicht publiziert).

II. Unterabschnitt.

§ 9.

Bauordnungen und Handels- und Gewerbefreiheit.

I. Immissionen im Privatrecht:

Unter Immissionen versteht man eine positive, unmittelbare Einwirkung von einem Grundstück auf ein anderes, die ihren Ursprung auf dem einen Grundstück hat und durch physikalische Vermittlung von Luft, Wasser und Erde auf das Nachbargrundstück hinüberwirkt. In beispielsweiser Aufzählung nennt Art. 684 Z.G.B. Einwirkungen durch Ruß, Rauch, lästige Dünste, Lärm und Erschütterung. Es handelt sich also um Einwirkungen, die sich nicht in bestimmte Grenzen bannen lassen und mit der Bewirtschaftung der Grundstücke notwendigerweise in Verbindung stehen. Da solche Immissionen unvermeidlich sind, müssen sie bis zu einem bestimmten Maß geduldet werden. Ein völliges Immissionsverbot käme einer Vernichtung des Grundeigentums gleich, wie umgekehrt eine Immissionsfreiheit den Ruin des Grundeigentums bedeuten würde[1]). In der Regel müssen Immissionen geduldet werden; ein Verbotsrecht besteht nur ausnahmsweise, wenn die Immissionen ein bestimmtes Maß überschreiten. Bei den Immissionen handelt es sich um eine allgemeine rechtliche Begrenzung des Eigentums. Der Inhalt des Eigentums wird nachbarrechtlich verteilt[2]).

Die übermäßigen Einwirkungen im Sinne von Art. 684 Z.G.B. können positive Zuführungen von Gas, Rauch, Ruß, Dampf, Feuchtigkeit, Erschütterungen, Licht und Hitze sein oder sogenannte negative Immissionen, z. B. Abhaltung von Licht und Luft, oder es können auch ideale Immissionen sein, d. h. Handlungen und Zustände auf einem Grundstück, die das moralische Gefühl der Nachbarn verletzen.

---

1) Leemann: Kommentar z. Sachenrecht, Note 1 zu Art. 684 Z. G. B.
2) Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 418.

Art. 684 Z.G.B. verbietet nur übermäßige Einwirkungen. Was im einzelnen als übermäßige Einwirkung zu gelten hat, ist verschieden, je nachdem es sich um Einwirkungen auf die Personen oder auf das Grundstück selbst handelt. Bei Einwirkungen auf die Personen gilt als übermäßige Einwirkung im Sinne von Art. 684 eine solche, die ein normaler Mensch als über das im gewöhnlichen Leben Notwendige und Übliche hinausgehend empfindet. Bei Einwirkungen auf das Grundstück selbst muß auf die individuelle Beschaffenheit und Benutzung des Grundstücks Rücksicht genommen werden. Unter Umständen verlangt das Gesetz aber eine erhöhte Duldungspflicht des Grundeigentümers, nämlich dann, wenn die Einwirkungen nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke berechtigt oder wenn sie ortsüblich sind.

Diese Sätze auf das Bauwesen übertragen, wird durch Art. 684 Z.G.B. in den Quartieren mit überwiegender Wohnbebauung das ruhige Wohnen ermöglicht, indem dort wegen Nichtortsüblichkeit der Bau und Betrieb von Fabriken und lärmenden Gewerben oder solchen, welche durch Rauch oder Dünste die Umgebung beeinträchtigen, verhindert werden kann. Anderseits aber wird in industriellen Gebietsteilen von Ortschaften die Entfaltung der Industrie gefördert, indem dort übermäßige Immissionen durch Lärm, Erschütterung usw. der Ortsüblichkeit wegen geduldet werden müssen. Durch Art. 684 wird somit eine Scheidung von Wohn- und Industriequartieren begünstigt. Eine planmäßige Verteilung von Wohn- und Industriebebauung wird zwar durch Art. 684 noch nicht erreicht. Dies zu verwirklichen ist Aufgabe des öffentlichen Baurechts der Kantone und Gemeinden[3]).

II. Immissionen im öffentlichen Recht:

Auf dem Gebiete des Immissionenrechts ist das öffentliche Recht wenigstens ebenso wichtig wie das Privatrecht.

---

[3]) Vergl. Leemann a. a. O. zu Art. 684 und die dort zitierte Literatur und Judikatur.

Im österreichischen Recht steht dem Nachbarn ein privatrechtlicher Schutz gegen Immissionen überhaupt nicht zu, sondern dieses gewährt nur öffentlichrechtlichen Immissionsschutz.

Die öffentlichrechtlichen Bestimmungen zum Schutze gegen Immissionen und besonders die uns interessierenden Beschränkungen, die sich gegen den Bau und Betrieb bestimmter Gewerbe richten, finden wir in den Gewerbegesetzen und den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Erlassen.

Art. 14 des bernischen Gesetzes über das Gewerbewesen von 1849 zählt in 5 Kategorien diejenigen gewerblichen Anlagen auf, die zur Errichtung einer sog. Bau- und Einrichtungsbewilligung bedürfen. Art. 103 des Gewerbegesetzes beauftragt den Regierungsrat, eine Verordnung zu erlassen, in welche das Verzeichnis derjenigen Gewerbe aufzunehmen sei, welche nach Art. 14 des Gewerbegesetzes einer Bewilligung bedürfen und welche die Klassifikation derselben mit Rücksicht auf ihre Anlage in der Nähe von privaten Wohnungen, öffentlichen Gebäuden und Plätzen vorzunehmen habe. Diesem Auftrag ist der Regierungsrat nachgekommen durch Erlaß der Verordnung vom 27. Mai 1859 betreffend die Bezeichnung und Klassifikation der Gewerbe, für welche Bau- und Einrichtungsbewilligungen erforderlich sind. Nach dieser Verordnung werden die Gewerbe in 3 Klassen eingeteilt. Die erste Klasse umfaßt diejenigen Gewerbe, die in der Nähe von Privatwohnungen, öffentlichen Gebäuden und Plätzen nicht betrieben werden dürfen; die 2. Klasse diejenigen, die an den betreffenden Orten nur gestattet werden, wenn die Einrichtung so getroffen wird, daß sie für die Nachbarschaft keine erheblichen Nachteile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können. In die 3. Klasse sind alle diejenigen gewerblichen Anlagen verwiesen, die vorbehältlich besonderer Ortspolizeireglemente hinsichtlich des Ortes keinerlei Beschränkungen unterliegen.

Schon im Gewerbegesetz und in der zitierten Verordnung von 1859 haben wir also einen Versuch des bernischen Ge-

setzgebers, die Gewerbe in besonderen Quartieren zu konzentrieren, indem gewisse Gewerbe in der Nähe von Häusern nicht zugelassen werden sollen. Diese negative Zuweisung von Standorten für störende Gewerbe genügt aber nicht vom Standpunkt einer planmäßigen und rationellen Bebauungspolitik. Es ist Sache des modernen Baurechts, in der Standortszuweisung noch weiter zu gehen und positiv die Gewerbe in bestimmte Industriequartiere zu verweisen.

III. Baurechtliche Beschränkungen der Gewerbebetriebe:

In den Bauordnungen finden wir Vorschriften, wonach alle die Öffentlichkeit belästigenden Einflüsse (Lärm, üble Gerüche, Rauch, Staub usw.) aus gewerblichen Anlagen und Einrichtungen unzulässig sind.

Solche öffentlichrechtliche Vorschriften haben neben Art. 684 Z.G.B. Platz. Es bleibt den Kantonen unbenommen, ergänzende Vorschriften über diesen Gegenstand aufzustellen, sei es in Ergänzung oder zur Verstärkung des Bundesrechts[4]). Nur dürfen die Kantone, bzw. für Bern die Gemeinden, nicht so weit gehen, daß sie Art. 684 Z.G.B. außer Kraft setzen. Wie Art. 6 Z.G.B. sagt, sollen durch das Bundeszivilrecht die Kantone nicht gehemmt sein in der Gesetzgebungshoheit in Gebieten, die dem öffentlichen Recht angehören und zugleich Gegenstand der Tätigkeit des eidgenössischen Gesetzgebers auf dem Gebiete des Zivilrechts bilden. Trotz dem Wortlaut des Art. 6 Z.G.B. werden aber die Kantone in ihrem öffentlichen Recht eingeschränkt.

Die öffentlichrechtlichen Bestimmungen über die Immissionen sind unabhängig von den privatrechtlichen. Die Art des Rechtsschutzes für die beiden Kategorien von Bestimmungen ist ein ganz verschiedener. Sofern es sich um reine Bauvorschriften handelt, sind die Kantone zweifellos zur Legiferierung berechtigt, seien sie öffentlich- oder privat-

---

[4]) Gmür, Kommentar zu Art. 6 Z. G. B. Note 14.

rechtlicher Natur (ebenso die bern. Gemeinden nach dem Alignementsgesetz). Handelt es sich dagegen um Vorschriften, die teils in das allgemeine Immissionenrecht hinübergreifen und nicht ausschließlich Bauvorschriften sind, so können die Kantone nur ergänzende öffentlichrechtliche Vorschriften aufstellen.

Ein Beispiel einer modernen baurechtlichen Einschränkung der Gewerbebetriebe stellt die Einteilung der Gemeindegebiete in Bauzonen dar, wobei es sich nicht mehr um eine Fernhaltung gewerblicher Betriebe von Fall zu Fall handelt, sondern um eine positive Standortszuweisung.

Ein Vorbild einer Bauordnung mit Zoneneinteilung mit Rücksicht auf die Gewerbe finden wir in Örlikon. Diese Gemeinde ist in 5 Zonen eingeteilt. Im Baugebiet A (Bahnhofquartier) sind gesundheitsschädliche Anlagen und gewerbliche Betriebe überhaupt untersagt. Dasselbe gilt für das Baugebiet B. In den Baugebieten D und C sind Gewerbebetriebe, sofern sie schon bestehende gemeinnützige Anlagen nicht beeinträchtigen, gestattet. Das Baugebiet E ist ausschließlich für die Industrie bestimmt. Einen Schritt zu dieser Art der Regelung tut nun auch der Entwurf zur neuen Bauordnung der Stadt Bern, welcher Schutzgebiete und Industriegebiete vorsieht.

IV. Die baurechtlichen Beschränkungen der Gewerbebetriebe und die Handels- und Gewerbefreiheit.

Die Handels- und Gewerbefreiheit, wie sie Art. 31 der Bundesverfassung normiert, ist das Recht des Bürgers gegen den Staat auf Ausübung aller privaten Erwerbstätigkeit unter Ausschluß staatlicher Eingriffe, welche die Wirkung der freien Konkurrenz unter den Gewerbetreibenden ganz oder teilweise aufheben soll[5]). Durch Art. 31 wird aber das System

---

[5]) Burckhardt: Kommentar, S. 248; Fleiner: Bundesstaatsrecht, S. 337; Baumgarten: Die Handels- und Gewerbefreiheit im schweiz. Staats- und Verwaltungsrecht, Diss. Basel 1925.

der freien Konkurrenz nicht schrankenlos gewährleistet, sondern nur innerhalb der allgemeinen Rechtsordnung[6]). Nicht jeder staatliche Eingriff in die Tätigkeit der Gewerbetreibenden verletzt die Handels- und Gewerbefreiheit, sondern nur solche, die den Zweck verfolgen, die Gewerbetreibenden in der Ausnützung ihrer besondern Fähigkeiten im Wettbewerb mit gleichen Gewerbetreibenden zu beeinträchtigen. Der Staat muß die gewerbliche Tätigkeit ungehindert lassen, soweit nicht dadurch die Erfüllung seiner allgemeinen Aufgaben, Erhaltung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit verunmöglicht wird. Der Staat braucht sich also gegenüber dem Gewerbewesen durchaus nicht passiv zu verhalten, er kann vielmehr in weitgehendem Umfang regelnd eingreifen in den Fällen, wo es aus polizeilichen Gründen gerechtfertigt ist. Nur besagt eben der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, daß die Gewerbetreibenden durch diese polizeilichen Eingriffe nicht mehr gebunden werden dürfen, als die Erfüllung der polizeilichen Aufgaben des Staates unbedingt erfordert.

Die Handels- und Gewerbefreiheit ist ein Recht des Bürgers gegen den Staat. Daraus ergibt sich, daß die Handels- und Gewerbefreiheit für Verhältnisse zwischen einzelnen Privatpersonen nicht in Betracht kommt. Wenn es sich daher um privatrechtliche Beschränkungen von Gewerbebetrieben handelt, so können sie nicht auf Grund von Art. 31 B.V. angefochten werden, z. B. wenn ein Nachbar gestützt auf eine nachbarrechtliche Vorschrift die Ausübung eines lärmenden Gewerbes auf einem Nachbargrundstück gerichtlich hat untersagen lassen[7]) (gemäß Art. 684 Z.G.B. oder einer auf Grund von Art. 686 Z.G.B. erlassenen privatrechtlichen Bauvorschrift).

Aus dem Begriff der Handels- und Gewerbefreiheit und den Aufgaben der Polizei ergibt sich, daß Bauordnungen,

---

[6]) B. G. E. XXXVIII. I. 66.

[7]) Bundesblatt 1902, IV. 122.

welche Gewerbebetriebe, die für die Nachbarschaft lästig sind, in Wohnquartieren verbieten, nicht verfassungswidrig sind, ebensowenig die Vorschriften, welche von den Gewerbetreibenden Vorrichtungen verlangen, die gesundheitsschädliche Wirkungen des Betriebes für die Umgebung aufheben oder mildern[8]).

Die Einteilung eines Gebietes in Bauklassen mit Vorschriften über die Zulässigkeit oder Verbannung von Fabriken und industriellen Anlagen aus einzelnen Klassen widerspricht dem Art. 31 B.V. nicht, denn solche Vorschriften liegen im öffentlichen Interesse.

Eine Entschädigung kann für solche Beschränkungen auf Grund der Handels- und Gewerbefreiheit nicht verlangt werden[1]).

III. Unterabschnitt.

§ 10.

Der Grundsatz der Rechtsgleichheit und die Bauklassen.

1. Nach dem Entwurf zu einer neuen Bauordnung für die Stadt Bern wird das Gemeindegebiet in 8 verschiedene Bauzonen oder Bauklassen eingeteilt. Für jede dieser Bauklassen gelten verschiedene Baupolizeivorschriften. Infolge dieses Zonenplanes ist es z. B. möglich, daß der Eigentümer eines Grundstücks an einer bestimmten Straße die Berechtigung hat, ein Haus mit vier Stockwerken zu bauen, weil sein Grundstück in einer Zone liegt, wo das Bauen bis zu dieser Stockwerkzahl gestattet ist. Einige Meter neben seinem Haus liegt die Zonengrenze, und jenseits derselben ist eine andere Bauklasse mit andern Vorschriften, wonach der Grundeigentümer nur ein Haus mit zwei Stockwerken bauen darf. Da-

---

[8]) Bundesbl. 1903, II. 491; 1907, IV. 124; 1880, II. 615; 1893, III. 723; 1903, III, 801.

[1]) Einzelne Gesetze gewähren Entschädigung bei behördlicher Schließung eines Gewerbebetriebes. Vgl. § 51 d. deutschen Gewerbeordnung und § 21 des bernischen Gewerbegesetzes vom 7. XI. 1849.

durch wird sein Grundstück entwertet, und es erwächst ihm ein Schaden. Die Frage ist daher die, ob sich dieser benachteiligte Grundeigentümer nicht auf Art. 4 der Bundesverfassung berufen und sagen kann, es liege eine Rechtsungleichheit vor, wenn er ein Haus mit nur 2 Stockwerken, sein Nachbar aber ein solches mit 4 Stockwerken bauen dürfe.

2. Die rechtsetzenden Behörden begehen eine Ungerechtigkeit, wenn sie einen Rechtssatz nur für eine bestimmte Gruppe von Fällen aufstellen, während für andere, gleichartige Fälle besondere Vorschriften aufgestellt werden. Dasselbe ist der Fall, wenn der gleiche Rechtssatz für verschiedenartige Fälle gelten soll. Die Frage ist daher die, wann eine im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung ungerechtfertigte Unterscheidung oder Nichtunterscheidung vorliegt und an welche tatsächlichen Verschiedenheiten auch rechtliche Unterschiede geknüpft werden dürfen.

Art. 4 der Bundesverfassung verlangt nicht eine absolute Gleichheit, sondern nur eine relative. An verschiedene tatsächliche Verhältnisse darf eine verschiedene rechtliche Behandlung geknüpft werden. Aber nicht jede unerhebliche tatsächliche Verschiedenheit rechtfertigt eine verschiedene Behandlung durch den Gesetzgeber. Es ist Aufgabe der gesetzgebenden Behörden, alle im Spiel stehenden Interessen abzuwägen und nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit, Billigkeit und Zweckmäßigkeit eine Lösung zu finden. Jede ungleiche Behandlung muß durch irgend einen vernünftigen Grund gerechtfertigt sein. Nicht jede Bestimmung, welche bei genauer Untersuchung unrichtig ist, weil vielleicht das gewählte Unterscheidungsmerkmal für die verschiedene rechtliche Behandlung nicht in ganz zutreffender Weise gewählt wurde, verletzt Art. 4 B.V. Nur die Heranziehung eines durchaus unerheblichen Unterscheidungsmerkmals, offenbar unzureichende Gründe, bedeuten eine Rechtsungleichheit[1]).

---

[1]) Vergl. Burckhardt, Kommentar, Ausführungen zu Art. 4 und die dort zitierte Literatur und Judikatur.

Von den zahllosen bundesgerichtlichen Urteilen über Art. 4 greifen wir nur eines heraus, welches sich speziell mit einer baupolizeilichen Frage beschäftigt. Nach der vom Großen Rat der Stadt Zürich am 2. November 1901 erlassenen Verordnung, genannt Vorschriften für offene Bebauung einzelner Gebietsteile, werden in der Stadt Zürich verschiedene Bauzonen unterschieden. In den von dieser Verordnung erwähnten Gebieten müssen die Häuser nach allen Seiten freistehen (mit gewissen Ausnahmen), dürfen nur zwei Stockwerke umfassen und nicht über 16 Meter hoch sein. Einige von dieser Verordnung betroffene Grundeigentümer fochten diese mit dem staatsrechtlichen Rekurs beim Bundesgericht an indem sie sich neben der Verletzung der Eigentumsgarantie auch auf die Verletzung von Art. 4 der Bundesverfassung beriefen. Das Bundesgericht äußerte sich dazu wie folgt[2]): „Von den Beschwerdegründen der Rekurrenten können nur die Verletzung der Eigentumsgarantie und diejenige des staatsbürgerlichen Rechts auf Mitwirkung bei der Gesetzgebung ernstlich in Frage kommen, während die Beschwerde wegen Mißachtung der Rechtsgleichheit ohne weiteres als unhaltbar erscheint. Die Vorschriften für offene Bebauung treffen nämlich alle Grundeigentümer gleichmäßig, deren Grundstücke sich in gleichen Verhältnissen befinden und für die also die nämlichen darin aufgestellten tatsächlichen Voraussetzungen zutreffen. Art. 4 der Bundesverfassung und gleich oder ähnlich lautende Bestimmungen der Kantonsverfassungen garantieren aber, wie das Bundesgericht schon oft ausgesprochen hat, die Rechtsgleichheit nicht absolut, sondern nur unter den gleichen tatsächlichen Verhältnissen, und stehen daher besonderen Bauvorschriften für einzelne Gemeinden oder innerhalb der Gemeinde für einzelne Quartiere nicht entgegen."

Nach diesem bundesgerichtlichen Entscheid bilden somit besondere Quartierverhältnisse einen genügenden Grund, um

---

2) XXX. I. 59 ff. B. G. E.

daran verschiedene rechtliche Wirkungen zu knüpfen. Ein baupolizeiliches Motiv muß immer vorliegen, wenn bestimmte Quartiere oder Straßen anders behandelt werden als andere (ästhetische Rücksichten in bezug auf die Umgebung usw.). Die Ziehung der Grenzlinie zwischen zwei oder mehreren Zonen wird allerdings in vielen Fällen mehr oder weniger willkürlich sein müssen. Dies ist aber praktisch gar nicht zu umgehen und liegt in der Natur der Sache. Auf die Wünsche aller beteiligten Grundeigentümer kann nicht Rücksicht genommen werden. Irgendwo muß die Grenzlinie schließlich gezogen werden. Daß einzelne Grundeigentümer am Ende besser wegkommen als andere, läßt sich nicht verhüten. Eine Rechtsungleichheit im Sinne von Art. 4 B.V. kann aber in solchen Fällen nicht angenommen werden.

3. Wir haben festgestellt, daß für die Frage der Haftung des Staates für rechtmäßige Ausübung seiner Gewalt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Entschädigungspflicht gilt, daß die Entschädigungsfrage eine solche der lex ferenda und nicht der lex lata sei. Kann nun etwa Art. 4 der Bundesverfassung angerufen werden, um auf Grund dieses Artikels die Entschädigungspflicht des Staates zu bejahen?

Art. 4 kommt nicht der Charakter einer Eigentums- und Privatrechtsgarantie zu. Art. 4 gewährleistet die Unantastbarkeit wohlerworbener Privatrechte nicht[3]). Art. 4 B.V. statuiert überhaupt keine Ersatzpflicht.

Es wurde dargelegt, daß die Einschränkung der Baufreiheit durch Baupolizeivorschriften aller Art keine willkürliche Verletzung der Eigentumsgarantie bedeutet und überhaupt kein Akt der Willkür ist. Es wäre denkbar, daß die verfassungsmäßig garantierte Gleichheit im Sinne einer ausgleichenden Gerechtigkeit interpretiert würde [auch wo keine eigentliche Willkür vorliegt], wonach der Staat für besondere Opfer, die er Einzelnen durch seine Anordnungen auferlegt,

---

[3]) Burckhardt: Kommentar, S. 78; B. G. E. XXII. 1018; anderer Ansicht Sprecher v. Bernegg, a. a. O. S. 118 ff.

auf Kosten der Allgemeinheit billigen oder vollen Ersatz gewährleiste[4]). Eine dahin gehende Interpretation von Art. 4 der Bundesverfassung durch das Bundesgericht kann nicht nachgewiesen werden. So wenig wie aus Art. 4 B.V. ein Entschädigungsanspruch abgeleitet werden kann, gibt es irgendeinen andern eidgenössischen Rechtssatz, der ganz allgemein eine Entschädigungspflicht des Bundes, der Kantone oder Gemeinden für rechtmäßige Akte der Staatsgewalt ausspricht[5]).

IV. Unterabschnitt.

Spezielle Fragen.

§ 11.

Eisenbahnen und Gemeindebauordnungen.

1. Es soll hier die Frage erörtert werden, ob die kantonalen Baupolizeivorschriften und diejenigen der Gemeinden auf Eisenbahnbauten Anwendung finden. Da es sich um eine Frage der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen handelt, bildet vor allem die Bundesverfassung die maßgebende Grundlage für die Beantwortung dieser Frage.

Es wurde vorn festgestellt, daß dem Bund auf dem Gebiete der Baupolizei kein Gesetzgebungsrecht zusteht, sondern daß dieses den Kantonen verblieben ist. Es fragt sich aber, ob die kantonalen Vorschriften über die Baupolizei und die Gemeindebauordnungen auf die Bauten der Eisenbahnen angewendet werden können angesichts der schweizerischen Eisenbahngesetzgebung.

Zunächst bestimmt Art. 26 der Bundesverfassung, daß die Gesetzgebung über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen Bundessache sei. Art. 14 des Bundesgesetzes über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen auf dem Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 23. Juli 1872 bestimmt ferner

---

4) B. G. E. XXXVII. I. 533.

5) B. G. E. XXXVIII. II. 389; XXXVI. II. 314.

folgendes: „Der Bauplan ist dem Bundesrat in seiner Gesamtheit sowie in den Einzelheiten zur Genehmigung vorzulegen. Diese ist namentlich erforderlich für das Bahntracé, die Stationen samt deren Einrichtungen, sowie für sämtliche größeren Bauobjekte, einschließlich der wichtigeren Hochbauten. Die Gesellschaften sollen jeweilen vor Beginn der Bauarbeiten die nötigen Planvorlagen machen. Nachherige Abweichungen von diesen Plänen sind nur nach neuerdings eingeholter Genehmigung gestattet. Der Bundesrat wird den betreffenden Kantonsregierungen und durch deren Vermittlung auch den Lokalbehörden Gelegenheit geben, bezüglich des Tracé, der Gestaltung der Wegübergänge, der Lage der Stationen und der Verbindungsgeleise usw. ihre Interessen geltend zu machen. Der Bundesrat wird dabei seinerseits die militärischen Interessen wahren[1])."

2. Weibel[2]) beruft sich darauf, daß vor Erlaß des Eisenbahngesetzes von 1872 die Bahnen unzweifelhaft unter der Herrschaft der kantonalen Baugesetze gestanden haben. Wie sich aus den Materialien des Eisenbahngesetzes ergebe, habe dieses Gesetz an diesem Zustand nichts ändern wollen. Man habe nur die Souveränität der Eisenbahnen beseitigen wollen, die Kantone sollten nichts verlieren. Zweck der Verfassung und des Gesetzes sei gewesen, dem Bund den im Interesse der Gesamtheit erforderlichen Einfluß zu verschaffen, da die Kantone infolge der Beschränktheit ihres Gebietes ihre Kompetenzen den Eisenbahnen gegenüber nur unvollkommen hätten ausüben können. Zweck des Verfassungsartikels sei

---

[1]) Streuli: Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und den Kantonen auf dem Gebiet des Eisenbahnwesens, Leipzig 1907. Burckhardt: Kommentar, S. 221. Weibel: Können die Eisenbahnen durch den Bundesrat von der Beobachtung der kantonalen Baugesetze und den nachbarrechtlichen Bestimmungen befreit werden: Zeitschrift für Schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. V. S. 342. Im Hof: Können die kantonalen Baupolizeivorschriften auf Eisenbahnbauten Anwendung finden. Seperatabdruck aus d. schweiz. Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverw. 1905, No. 6 und 7.

aber nicht, die Eisenbahnen dem Bereich der kantonalen Gewalt zu entziehen, sondern es habe nur das Bestreben nach einer stärkeren staatlichen Einwirkung auf die Bahn bestanden[3]).

Weibel und der Stadtrat von Zürich gehen ferner davon aus, daß Art. 26 der Bundesverfassung keine unmittelbare Wirkung habe, sondern es sei ein ausführendes Gesetz nötig. Solange und soweit der Bund von einem ihm durch die Verfassung verliehenen Recht zur Gesetzgebnug nicht Gebrauch mache, verbleibe dieses den Kantonen. Der Satz, Bundesrecht bricht kantonales Recht, könne nicht die Bedeutung haben, daß schon die Möglichkeit zum Erlaß eines bundesrechtlichen Satzes die Geltung des kantonalen Rechts zerstöre. Nun enthalte aber das Eisenbahngesetz keine materiellen Baupolizeivorschriften, sondern gebe dem Bundesrat nur das Recht zur Genehmigung von wichtigeren Bahnbauten. Die Plangenehmigung des Bundesrates erstrecke sich nur auf die Beurteilung der allgemeinen Landesinteressen, die kantonalen Interessen dagegen seien, wie die lokalen, nach der kantonalen Gesetzgebung zu beurteilen. Die Bundesverfassung und das Eisenbahngesetz schließe die Baupolizeigesetzgebung der Kantone nicht aus.

2. Im Hof bekämpft in seinem Gutachten die Ansicht, daß Art. 26 B.V. keine unmittelbare Wirkung ausübe[4]). Es sei vielmehr das Charakteristikum dieser und ähnlicher Verfassungsbestimmungen, daß sie eine unmittelbare Wirkung besitzen. Durch die Ausdrucksweise von Art. 26 B.V. werde dem Bund nicht nur eine Kompetenz zugewiesen, die er nachher in Anspruch nehmen könne oder auch nicht, sondern Art. 26 verfüge, daß die Kompetenz der Kantone überhaupt aufhöre. Art. 26 sage, die Gesetzgebung über Bau und Betrieb sei Bun-

---

2) a. a. O. 345 ff.

3) Gleicher Ansicht ist der Stadtrat v. Zürich in einem Gutachten über d. Handhabung d. Baupolizei gegenüber Eisenbahnen v. 22. Oktober 1898.

4) Im Hof: a. a. O. S. 8 ff.

dessache, er sage nicht, der Bund sei zur Gesetzgebung befugt oder er werde diesen Gegenstand durch ein Gesetz regeln. In diesen lezteren Fällen bleibe die Kompetenz bei den Kantonen, bis der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch mache. (Zivilrechtsgesetzgebung, Strafrecht usw.) Was aber durch die Verfassung als Bundessache erklärt werde, sei der Kompetenz der Kantone entzogen, und das in Ausführung der Verfassung erlassene Bundesgesetz ändere an der Kompetenzscheidung nichts mehr. Die kantonale Kompetenz sei aber nur soweit ausgeschlossen, als die Zuständigkeit des Bundes nach Art. 26 B.V. reiche, also nur für die Gesetzgebung über den Bau und Betrieb von Eisenbahnen. Nach der Ansicht von Im Hof ist die Meinung des Verfassungsartikels die, daß in dem Ausdruck Bau und Betrieb alles enthalten sei, was die Eisenbahn als solche angehe, und daß somit jede kantonale Spezialgesetzgebung über das Eisenbahnwesen ausgeschlossen sei. Aus dem Umstande, daß die Bundesgesetzgebung über das Eisenbahnwesen irgend einen Gegenstand nicht regle, lasse sich somit der Schluß nicht ziehen, daß deshalb die kantonale Gesetzgebung Anwendung finde. Materielle Vorschriften darüber, wie die Eisenbahnen und die dazu nötigen Bauwerke zu erstellen seien, enthalte die Eisenbahngesetzgebung keine oder wenige. Die Eisenbahnen können nach der Ansicht von Im Hof nicht nur den in eventuell bestehenden Gesetzen festgesetzten Beschränkungen unterworfen sein, sondern sie hätten sich allen Anordnungen der Behörden zu unterziehen, welche nicht im Widerspruch mit einer Gesetzesvorschrift stünden. Darum sage das Eisenbahngesetz so wenig über die Bauart der Eisenbahnen. Die Interessen der Öffentlichkeit seien gewahrt, indem dem Bundesrat die Befugnis zur Genehmigung der Baupläne zugewiesen sei. Bei der Genehmigung der Baupläne habe der Bundesrat nach freiem Ermessen zu urteilen. Er habe nur auf die Sicherheit des Bahnbetriebes, die Verkehrsbedürfnisse und die Interessen der Landesverteidigung Rücksicht zu nehmen laut Art. 14 des Eisenbahngesetzes und müsse sich auch über die Interessen

der Kantone und der beteiligten Gemeinden informieren. Er habe nach Abwägung aller dieser Interessen seinen Entscheid nach freiem Ermessen zu treffen. Nach Art. 14 können die Gemeinden ihre Interessen geltend machen, vorbringen, damit sich der Bundesrat von deren Berechtigung überzeuge, aber Art. 14 sehe keinen Rechtsanspruch der Kantone und Gemeinden vor, dahingehend, daß der Bundesrat bei der Plangenehmigung die kantonalen Baugesetze und Gemeindebauordnungen zu berücksichtigen habe. Der Bund bestimme, wie Eisenbahnen zu bauen seien, und er habe darüber bestimmt, indem er dem Bundesrat die Befugnis zur Genehmigung der Baupläne erteilt habe. Einerseits habe Art. 14 des Eisenbahngesetzes den Kantonen keine Rechte eingeräumt, anderseits sei es aber Amtspflicht der Bundesbehörden, der Bahn gegenüber alle öffentlichen Interessen, also auch diejenigen der Kantone und Gemeinden, geltend zu machen, sofern sie nicht den Interessen des Bundes zuwiderlaufen. In seinem Gutachten vertritt Im Hof ferner die Ansicht, daß die von den Kantonen und Gemeinden auf Eisenbahngebiet gezogenen Baulinien nicht rechtsgültig seien und daß der Kanton oder die Gemeinde für öffentliche Zwecke Eisenbahngebiet nicht exproprieren können; anderseits unterliege das Eigentum der Kantone und Gemeinden zum Bau von Straßen usw. der Expropriationsmöglichkeit wie das Eigentum von Privaten, wenn die Bahn das Land zum Bau bedürfe. Ausschließlich den kantonalen Vorschriften unterstehen nach der Ansicht von Im Hof die Bauten von Eisenbahngesellschaften, deren Grundbesitz außerhalb des Bahngebietes liege, z. B. Verwaltungsgebäude. Im weitern unterscheidet er verschiedene Möglichkeiten. Sollen Bureaux, die nicht zum Betrieb gehören, in einem dem Betrieb dienenden Gebäude, z. B. im Bahnhofgebäude, untergebracht werden, so habe der Kanton oder die Gemeinde kein Einspracherecht, wenn etwa die Einrichtung der Bureaux unter Verletzung der Baupolizeivorschriften geschehe, weil es sich um das Bahnhofgebäude handle, welches zur Verkehrsanstalt gehöre und dadurch von den kantonalen Vorschriften

befreit sei. Dasselbe gelte, wenn Bureaux in einem selbständigen Gebäude, aber auf Bahngebiet, d. h. dem räumlich zusammenhängenden Areal der Verkehrsanstalt errichtet werden. Anders sei zu entscheiden, wenn mitten in der Stadt, weit vom Bahnhof weg, ein Verwaltungsgebäude errichtet werde.

4. Burkhardt[5]) ist der Ansicht, daß sich das einheitliche Verfahren für die Plangenehmigung rechtfertige, aber Art. 26 B.V. gebe dem Bund keineswegs das Recht, über kantonale Baupolizeivorschriften einfach hinweg zu schreiten. In welchem Maß die kantonalen polizeilichen Interessen im einzelnen Fall berücksichtigt werden könnten, lasse sich nicht durch eine gewissermaßen mechanisch anwendbare Formel bestimmen, sondern nur abwägen.

5. Fleiner[6]) führt aus, daß zur Genehmigung von Hochbauten einer Eisenbahn ausschließlich der Bundesrat zuständig sei, nicht eine kantonale Baupolizeibehörde, und daß der Bundesrat frei darüber entscheide, ob und wie weit Vorschriften des kantonalen Rechts über Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei auf eine vom Bund konzedierte Eisenbahn Anwendung finden.

6. Streuli[7]) vertritt gleich wie Im Hof die Ansicht, daß Art. 26 B.V. die Gesetzgebung über Bau und Betrieb der Eisenbahnen als Bundessache erkläre in dem Sinne, daß dieser Artikel ohne weiteres die Kompetenz der Kantone zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Eisenbahnwesens ausschließe, und zwar ohne daß zuerst ein Ausführungsgesetz erlassen werden müsse. Es sei nicht richtig, wie Weibel annehme, daß, solange und soweit der Bund von einem ihm durch die Verfassung verliehenen Gesetzgebungsrecht nicht Gebrauch mache, dieses den Kantonen verbleibe. Wenn auch der Bundesgesetzgeber den Eisenbahnbau nicht vollständig

---

5) Kommentar, S. 221.

6) Fleiner: Bundesstaatsrecht, S. 475, 490, 660.

7) Streuli: Kompetenzausscheidung, S. 95 ff.

geordnet habe, so gehe es trotzdem nicht an, die Lücken durch kantonales Recht auszufüllen, weil eine Ergänzung des Bundesrechts durch kantonales Recht nur da möglich sei, wo ersteres dies vorsehe. Unzulässig sei eine Ergänzung des Bundesrechts durch kantonales Recht da, wo ersteres nicht ergänzt sein wolle, wie dies bei der Gesetzgebung über den Eisenbahnbau und Betrieb der Fall sei. Der Wortlaut von Art. 26 B.V. schließe es aus, daß neben dem Bund auch die Kantone Vorschriften über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen aufstellen. Auch da, wo bundesrechtliche Vorschriften fehlen, seien die kantonalen Vorschriften nicht anwendbar. Eine Kompetenz der Kantone zur Gesetzgebung über die Eisenbahnen sei zu verneinen auch für diejenigen Gegenstände, über welche der Bund keine Vorschriften aufgestellt habe. Aus Art. 14 des Eisenbahngesetzes ergebe sich, daß für minderwichtige Hochbauten eine Plangenehmigung des Bundesrates nicht vorgeschrieben sei, aber auch hier seien die Eisenbahnen nicht an die Baupolizeivorschriften der Kantone und Gemeinden gebunden, was sich aus Art. 26 B.V. ergebe, der die Anwendung aller kantonalen Gesetze auf Eisenbahnbauten ausschließe. Nach der richtigen Auslegung von Art. 14 des Eisenbahngesetzes sei für weniger wichtige Hochbauten überhaupt keine Plangenehmigung nötig, sondern diese dürften ohne weiteres gebaut werden.

Weil die Gesetzgebung über Bau und Betrieb der Eisenbahnen Bundessache sei, dürfen die Kantone nach der Ansicht von Streuli keine Spezialgesetze über diese Teile des Eisenbahnwesens erlassen, und auch die Anwendung anderer kantonaler Gesetze auf Bau und Betrieb der Eisenbahnen sei unzulässig, da das Bundesrecht eine Ergänzung nicht gestatte. Die Kantone hätten aber ein großes Interesse daran, daß ihre Gesetze über Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei auch auf die Hochbauten der Eisenbahnen Anwendung finden würden, denn auch diese Hochbauten seien z. B. wie alle übrigen Gebäude in die eventuell bestehende obligatorische Gebäudeversicherung aufzunehmen. Die kantonalen Behörden müß-

ten daher verlangen, daß die Eisenbahnen ihre Bauten möglichst dauerhaft und feuersicher herstellen, damit die Kantone vor Schaden geschützt seien, der sie treffen könnte, wenn die Eisenbahn nicht gezwungen wäre, gewisse Sicherheitsvorschriften zu beachten. Eine beschränkte Anwendung der Vorschriften der Kantone und Gemeinden sei geboten, da das Eisenbahnrecht des Bundes nur wenige solcher Vorschriften aufgestellt habe. Wenn es nun auch nicht zulässig sei, daß die kantonalen Gesetze durch die kantonalen Behörden auf solche Bauten angewendet würden, so habe die Kantonsregierung doch anläßlich der Vernehmlassung über die Bauten dem Bundesrat ihre Wünsche vorzubringen, damit diese bei der Plangenehmigung durch den Bundesrat gegenüber den Eisenbahnen durchgesetzt würden, sofern sie nicht mit dem Eisenbahnrecht in Widerspruch stehen würden. Streuli ist der Ansicht, daß der Bundesrat nicht verpflichtet sei, die Interessen der Kantone und Gemeinden zu berücksichtigen, sondern er sei vollständig frei. Eine Genehmigung von Eisenbahnbauten durch kantonale oder Gemeinbehörden hinsichtlich der baupolizeilichen Vorschriften der Kantone und Gemeinden sei im Eisenbahngesetz nicht vorgesehen, Art. 14 des Eisenbahngesetzes gebe den Kantonen nur das Recht, ihre Interessen in Form einer Vernehmlassung geltend zu machen. Art. 14 biete also die Möglichkeit, die Berücksichtigung der kantonalen und lokalen Baupolizeivorschriften trotzdem zu erreichen, wenn die Kantone und Gemeinden auch keine festen Rechtsansprüche auf Beobachtung derselben hätten.

7. Die Praxis der Bundesbehörden. Nach der Auffassung des Bundesrats schließt der Wortlaut des Art. 26 B.V. aus, daß neben dem Bund auch die Kantone und Gemeinden über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen Vorschriften aufstellen. Auch die Ansicht, daß die kantonale Gesetzgebung überall da auf den Bahnbau Anwendung zu finden habe, wo bundesrechtliche Vorschriften nicht bestehen, sei unzutreffend. Der Bundesrat sagt, daß aus Art. 14

des Eisenbahngesetzes unzweifelhaft hervorgehe, daß der Bund die Baupläne der Eisenbahnen ausschließlich zu genehmigen habe, in Würdigung nicht nur der eisenbahnrechtlichen und der eisenbahntechnischen, sondern aller einschlägigen Faktoren. Das Gesetz würde dem Bundesrat sogar gestatten, kantonale Vorschriften überhaupt zu ignorieren.

In einem Beschluß über den Rekurs des Kantons Zürich betreffend die Erweiterung des Bahnhofes Dietikon von 1895[8]) führt der Bundesrat aus, es ergebe sich aus Art. 14, daß dem Bund das Recht der Plangenehmigung allein zustehe. Er habe die Pläne in Würdigung aller einschlägigen Faktoren zu prüfen. Dabei sei er aber, sofern bau-, feuer- und gesundheitspolizeiliche Gesetze der Kantone in Frage kommen, auf die Mitwirkung der Kantone angewiesen, welchen deshalb Gelegenheit geboten werden solle, ihre Interessen geltend zu machen. Die Mitwirkung der Kantone habe sich somit nicht nur auf die Wahrung derjenigen Interessen zu beschränken, wie sie in beispielsweiser Aufzählung in Art. 14 des Eisenbahngesetzes angegeben seien, sondern auch die Geltendmachung von Rechten zu umfassen, die auf der kantonalen Gesetzgebung für Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei beruhen, sofern die Pläne den betreffenden Gesetzen und Verordnungen zuwiderlaufen. Aus dieser Geltendmachung folge aber keineswegs, daß der Bund diese Vorschriften unter allen Umständen respektieren müsse, wenn er auch die Geltung des kantonalen Rechts, auf dem sie beruhen, im allgemeinen anerkenne. Er werde vielmehr in jedem einzelnen Fall zu prüfen haben, ob die Erfüllung dieser Polizeivorschriften mit dem Zweck, der bei Herstellung der projektierten Eisenbahnbauten verfolgt werde, vereinbar sei. Sei dies nicht der Fall, so habe nach allgemeinen Grundsätzen das kantonale Recht dem Bundesrecht zu weichen.

Für die Praxis der Bundesbehörden ist vor allem maßgebend das Kreisschreiben des Bundesrates an die sämtlichen

---

[8]) Bundesblatt 1895, Bd. III. S. 957 ff.

Kantonsregierungen und Eisenbahnverwaltungen betr. Beobachtung der Vorschriften der auf kantonalem Recht beruhenden Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei bei Vorlage und Genehmigung von Eisenbahnbauten vom 15. Juni 1901[9]). Die maßgebende Stelle dieses Kreisschreibens lautet:

„1. Betreffend die auf kantonalem Recht beruhende Bau-, Gesundheits- und Feuerpolizei wird grundsätzlich entschieden, daß deren Vorschriften bei Genehmigung der Baupläne der Eisenbahngesellschaften, welche laut Art. 14 des Eisenbahngesetzes ausschließlich dem Bundesrat zusteht, von ihm respektiert werden, sofern diese von den Kantonen in ihren gesetzlichen Vernehmlassungen über diese Pläne jeweilen im einzelnen bzw. in Form von konkreten Begehren geltend gemacht werden, und im einzelnen Fall nicht mit den aus der Eisenbahngesetzgebung hergeleiteten Rechten kollidieren."

Die Veranlassung zu diesem Kreisschreiben hatte ein Konflikt gebildet, der sich beim Bau einer Eisenbahnwerkstätte für die Brünigbahn in Meiringen im Jahr 1900 ereignet hatte.

Schon in einem Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung sprach sich der Bundesrat im Jahr 1874[10]) über Art. 14 des Eisenbahngesetzes dahin aus, daß die Wahrung der öffentlichen Interessen bei Eisenbahnbauten nach Maßgabe dieses Artikels einzig durch den Bundesrat nach Anhörung der Kantonsregierungen und der Gemeinden zu geschehen habe. Anderseits finden wir in der Praxis des Bundesrates die Ansicht ausgedrückt, daß der Bundesrat, obwohl er weder an die Berücksichtigung des kantonalen Rechts, noch an die Vernehmlassung der kantonalen Behörden gebunden ist, doch nicht nach Willkür seine Entscheide treffen, sondern solche Begehren der Kantone und Gemeinden immer so weit berücksichtigen solle, als dies mit dem Bundesrecht und den Interessen der Be-

---

[9]) Bundesbl. 1901, Bd. III, S. 714.

[10]) Bundesbl. 1875, Bd. II, S. 365 ff. Vergl. auch 1876, II. 497 f.

triebssicherheit vereinbar sei[11]). An anderer Stelle sagt der Bundesrat, „die Bundesbehörden seien verpflichtet, bei der Baugenehmigung die daherigen Vorschriften zu schützen, vorausgesetzt, daß diese nicht durch Rücksichten auf die allgemeinen Verkehrsverhältnisse oder solche bautechnischer Natur aufgewogen werden". In mehreren andern Fällen hat der Bundesrat sein Kreisschreiben vom Jahr 1901 bestätigt, unter anderem in einem Fall aus dem Jahr 1904[12]). Der Bundesrat führte dort aus, die Frage, ob das kantonale Baugesetz auf Bahngebiet Anwendung finde, sei zu verneinen. Gemäß Art. 26 B.V. sei die Gesetzgebung über Bau und Betrieb der Eisenbahnen Bundessache. Durch dessen Wortlaut sei nicht nur ausgeschlossen, daß neben dem Bund auch die Kantone Vorschriften über Bau und Betrieb der Eisenbahnen aufstellen, sondern es erscheine auch die vom Stadtrat von Zürich vertretene Ansicht als unzulässig, wonach die kantonale Gesetzgebung überall da Anwendung zu finden habe auf den Bahnbau, wo bundesrechtliche Vorschriften nicht bestehen. Zum Kreisschreiben von 1901 sagt der Bundesrat, daß er dieses nicht etwa deshalb erlassen habe, weil ihn das Eisenbahngesetz dazu gezwungen habe. Das Eisenbahngesetz würde ihm vielmehr gestatten, kantonale Vorschriften überhaupt zu ignorieren, eben weil ihnen nach Art. 26 Bundesverfassung keine Geltung in bezug auf den Bahnbau zukomme. Der Bundesrat habe sich veranlaßt gesehen, ein solches Zugeständnis an die Kantone zu machen in der Erkenntnis, daß mitunter ihre baupolizeilichen Vorschriften auf die Bahnbauten ohne Schaden bzw. gerade zum Nutzen des Bahnverkehrs angewendet werden können. Es sei aber wohl zu beachten, daß kantonale Baupolizeivorschriften nicht nur mit den aus der Eisenbahngesetzgebung hergeleiteten Rechten nicht kollidieren dürfen, sondern auch in Form von konkreten Begehren geltend gemacht werden müssen. Dies könne vernünf-

---

11) Bundesblatt 1882, II. 201 ff. und 1882 III. S. 414.

12) Bundesblatt 1904, IV. 575 ff.

tigerweise nur so verstanden sein, daß die kantonalen und lokalen Behörden diejenigen Punkte des fraglichen Bauprojektes hervorheben, die sie mit Rücksicht auf ihre Polizeivorschriften geändert wünschen. Dagegen gehe es nicht an, irgendwelche Vorbehalte allgemeiner Natur aufzustellen, auch wenn sie aus kantonalen Vorschriften abgeleitet werden. Es könne sich überhaupt fragen, sagt der Bundesrat, ob nicht die Bundesbehörden das Recht haben, Gemeindebeschlüsse, durch welche Baulinien über Bahngebiet gezogen werden, von Amtes wegen aufzuheben, weil sie einen Einbruch in die laut Verfassung ausschließlich dem Bund zustehende Eisenbahngesetzgebung bedeuten. Indessen sei zu erwägen, daß eine über Bahnareal gehende Baulinie nötig sein könne, um gewisse Verhältnisse des angrenzenden Privateigentums zu normieren. Sobald aber eine Gemeindebehörde aus der durch das Bahngebiet gezogenen Baulinie die Folge ableiten wolle, daß nun auch die Bahn nach derselben sich zu richten und die kantonalgesetzlichen Vorschriften betreffend die Baulinien zu respektieren habe, so komme sie in Konflikt mit den aus der Eisenbahngesetzgebung hergeleiteten Rechten der Bahn und der Bundesbehörden. Es sei eine unbegründete und unfaßbare Forderung, daß ein Gebäude, das zu Bahnzwecken diene, einen gewissen Raum zwischen sich und einer benachbarten Straße frei zu lassen habe, eine Forderung, die mitunter einer Verhinderung des Bahnbetriebes gleich käme[13]).

8. Dem Bundesrat muß in seiner grundsätzlichen Ansicht über die Stellung der Eisenbahnen zu den Baupolizeivorschriften der Kantone und Gemeinden zugestimmt werden. Das Gesetzgebungsrecht über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen ist ausschließlich dem Bund übertragen. Durch diese Kompetenz des Bundes ist im Eisenbahnwesen die Geltung

---

[13]) Vergl. eine Zusammenstellung der Praxis d. Bundesbehörden bei Streuli, a. a. O. S. 114—181. Siehe auch Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverw. Bd. V. S. 135 und 166.

des kantonalen Baupolizeirechts und der Gemeindebauordnungen in Bern wie in andern Kantonen ausgeschlossen. In den Rahmen von Art. 26 B.V. paßt durchaus auch der Art. 14 des Eisenbahngesetzes. Wenn nun auch der Bundesrat nach Art. 14 leg. cit. vollständig nach freiem Ermessen entscheiden kann, so ist damit noch nicht gesagt, daß unbegrenzte Willkür herrsche. Im Gegenteil, der Bundesrat geht in seinem Kreisschreiben vom 15. Juni 1901 sehr weit, wenn er verspricht, die Interessen der Kantone und Gemeinden zu berücksichtigen, indem er von ihnen ihre Wünsche in Form von konkreten Begehren entgegennimmt und sie zu befolgen verspricht unter dem einzigen, selbstverständlichen Vorbehalt, daß die Begehren nicht mit der Eisenbahngesetzgebung des Bundes kollidieren. Der Bundesrat erklärt, er werde die betreffenden lokalen und kantonalen Vorschriften respektieren; er soll es tun, aber damit ist nicht gesagt, daß er es tun muß. Wenn auch die Kantone und Gemeinden kein Plangenehmigungsrecht haben, so sind doch ihre Rechte genügend gewahrt, indem sie im Recht der Vernehmlassung beim Bundesrat eine Garantie dafür haben, daß sie ihre Interessen und Wünsche vertreten können. Die Forderung des Bundesrates, daß die Kantone ihre Wünsche in konkreten Begehren vorzubringen haben, ist ebenfalls angebracht, da die Kantone sonst einfach die Beobachtung der Baupolizeivorschriften der Kantone und der betroffenen Gemeinden verlangen könnten.

Dieses Verfahren gilt aber nur dann, wenn die Eisenbahnen Bauten errichten, welche mit dem Bahnbetrieb in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Nicht dazu gehören also Verwaltungsgebäude, welche sich nicht in unmittelbarer Nähe des Bahnhofes oder des Bahnbetriebes befinden, wie z. B. das Verwaltungsgebäude der S.B.B. auf der Großen Schanze in Bern. Solche Bauten unterstehen selbstverständlich den kantonalen Baugesetzen und Bauordnungen der Gemeinden. Bei derartigen Bauten muß wie bei allen andern Gebäuden das Baubewilligungsverfahren stattfinden, wie es z. B. im Ali-

gnementsgesetz von 1894 und dem dazu gehörigen Dekret geregelt ist, und es müssen die Baulinien eingehalten werden.

Es darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß der Bund an die kantonalen Baupolizeivorschriften und an diejenigen der Gemeinden gebunden ist, wenn er z. B. ein Postgebäude errichtet oder ein Zeughaus usw., aus dem Grund, weil es kein eidgenössisches Baugesetz, auch nicht für Bauten des Bundes, gibt. Da das Baupolizeiwesen Sache der Kantone ist, mit Ausnahme bezüglich der Eisenbahnbauten, so könnte der Bund ein solches Gesetz nur schaffen, wenn vorher durch eine Verfassungsbestimmung ihm dazu die Kompetenz eingeräumt worden wäre. Art. 26 B.V. bezieht sich nur auf Bauten im Gebiete des Eisenbahnwesens, natürlich ohne Unterschied zwischen Bundesbahnen und allen andern Bahnen.

§ 12.

Die Regelung der Rechtsverhältnisse an Scheidemauern durch die Baureglemente.

1. In den meisten Bauordnungen der bernischen Gemeinden finden sich Vorschriften, welche die Eigentumsverhältnisse an Scheidemauern regeln. So sagt z. B. der Entwurf zur neuen Bauordnung für die Stadt Bern in Art. 47 folgendes:

„Der zuerst Bauende ist berechtigt, eine Scheidemauer mit ihrer Mitte auf die Marche zu stellen und das Nachbargrundstück für die halbe Mauerdicke, aber höchstens um 50 cm, unentgeltlich in Anspruch zu nehmen."

Die Ziffer 2 sagt, daß der Anbauende berechtigt sei, sich in das Miteigentum der bestehenden Scheidemauer einzukaufen durch Vergütung des halben Scheidemauerwertes. Art. 48 befaßt sich mit schon bestehenden Scheidemauern.

Bei Erlaß des schweizerischen Zivilgesetzbuches war man vor die Frage gestellt, ob einheitliche Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse an Scheidemauern aufgestellt werden sollten. Angesichts der damals schon bestehenden zahlreichen,

sehr verschiedenartigen Bestimmungen der Kantone und Gemeinden, welche auf den Ortsgebrauch Rücksicht nahmen, sah der Bundesgesetzgeber von einer eingehenden Regelung dieser Materie ab. Man begnügte sich mit dem Art. 686 Z.G.B., welcher es den Kantonen überläßt, Bauvorschriften aufzustellen und die Abstände bei Bauten festzusetzen. Damit haben die Kantone auch das Recht, die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Mauern, Grenz- und Scheidemauern zu regeln. Im Vorentwurf II Art. 676 stand noch der Satz: „Die Kantone sind befugt, zu bestimmen, daß Scheidemauern und ähnliche Vorrichtungen auf die Grenzlinie gestellt werden dürfen, unter Vorbehalt der Entschädigungspflicht oder der Einkaufspflicht des Nachbarn". Diese Bestimmung wurde dann gestrichen, weil die Kantone ohnehin solche Vorschriften aufstellen können auf Grund des zugunsten des kantonalen Rechts gemachten Vorbehaltes. Auf Grund von Art. 686 Z.G.B. können die Kantone öffentlichrechtliche Vorschriften erlassen und solche rein nachbarrechtlichen Charakters.

Gestützt auf Art. 686 Z.G.B. haben einige Kantone in ihren Einführungsgesetzen die Rechtsverhältnisse an Grenz- und Scheidemauern geregelt, in andern Kantonen finden sich die bezüglichen Vorschriften in Spezialgesetzen, besonders den Baugesetzen. Art. 79 lit. a des bernischen Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch und Art. 18 Ziff. 1 des Alignementsgesetzes überlassen die Aufstellung solcher Vorschriften den Gemeinden. Die bernischen Gemeinden sind somit grundsätzlich berechtigt, über die nachbarrechtlichen Verhältnisse an Scheidemauern Vorschriften aufzustellen.

2. Bei Durchgehen der Baugesetze und Einführungsgesetze anderer Kantone finden wir etwa folgende Vorschriften über den genannten Gegenstand:

Das sogenannte Recht der halben Hofstatt ist z. B. in Art. 162 des Einführungsgesetzes von Basel wie folgt umschrieben:

„Wer ein Gebäude frei auf der Grenze seines Grundstükkes errichten will, ist berechtigt, hiefür vom Nachbar die halbe

Hofstatt, d. h. den Boden für die Hälfte der Mauerdicke, in jedem Fall aber nicht mehr als 40 cm, Fundament mitgerechnet, unentgeltlich in Anspruch zu nehmen. Will der Nachbar seinerseits später auch bauen, so hat er das Recht, sich in eine solche halbscheidige Mauer mit einem Beitrag an deren Baukosten einzukaufen und sie als gemeinschaftliche Scheidemauer zu benützen. Die Einkaufssumme richtet sich nach dem Maße, in welchem er die Mauer in Anspruch nimmt und nach der Beschaffenheit des Mauerwerkes."

Ähnlich lautende Bestimmungen haben wir in St. Gallen, Art. 132 E.G., Luzern, Art. 116 des Baugesetzes, Zürich, Baugesetz Art. 83[1]).

3. Die Vorschriften über die Rechtsverhältnisse an Scheidemauern gehören in das Nachbarrecht, welches den Inhalt und die Beschränkungen des Eigentums näher bestimmt. Wenn somit eine Bauordnung vorschreibt, es dürfe ein Grundstückeigentümer mit seiner Scheidemauer eine gewisse Distanz über die Grenze in das Nachbargrundstück hinüberrükken, so ist er kraft dieser gesetzlichen Umschreibung des Inhaltes seines Eigentums dazu berechtigt. Anderseits reicht das Eigentum des Nachbarn nur soweit, daß er diese Beschränkung dulden muß, weil der Inhalt seines Eigentums sich aus der Rechtsordnung ergibt. Daher muß der Eigentümer einer Grenzmauer auch dulden, daß sein Nachbar sich in dieselbe einkauft und das Haus an diese anbaut.

4. Art. 670 Z.G.B. lautet, daß Vorrichtungen zur Abgrenzung von Grundstücken, wie Mauern usw., die auf der Grenze stehen, vermutungsweise im Miteigentum der beiden Nachbarn stehen. Diese Bestimmung macht also eine Ausnahme vom Grundsatz, daß das Grundeigentum alle Bauten, die auf dem Grund und Boden stehen, weil Bestandteil desselben, miterfaßt. Die Vermutung des Art. 670 erstreckt sich aber nicht

---

[1]) Fröhlicher: Gemeinschaftliche Mauern nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1917.

[2]) Leemann, Kommentar, Note 7 zu Art. 670 und Fröhlicher, S. 18.

auch auf den Boden, auf dem die Mauer steht, sondern jener bleibt im Alleineigentum der Anstößer[2]).

Art. 670 Z.G.B. stellt aber nur eine Vermutung auf und ist nur eine subsidäre Vorschrift für die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Mauern. Daher ist es den Kantonen möglich, abweichende Regeln aufzustellen. Die Vermutung wird zerstört durch die von den Kantonen auf Grund von Art. 686 Z.G.B. erlassenen Bestimmungen oder durch diejenigen der Gemeinden, wenn sie nach dem kantonalen Recht zuständig sind, darüber Vorschriften aufzustellen, wie z. B. die bernischen Gemeinden. Wären Vorschriften über die Rechtsverhältnisse an Scheidemauern nicht Bauvorschriften im Sinne von Art. 686 Abs. 2 Z.G.B. und die Kantone auf Grund dieses Artikels nicht zum Erlaß von diesbezüglichen Vorschriften zuständig, so kann die Vermutung doch zerstört werden durch den Nachweis eines bestimmten lokalen Rechts oder durch Ortsgebrauch[3]). Als Ortsgebrauch gilt das bisherige kantonale Recht. Übung und Ortsgebrauch können in den Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch zum Ausdruck gebracht werden oder andern Rechtsquellen, auf welche die Einführungsgesetze verweisen. Art. 79 des bernischen Einführungsgesetzes verweist auf das Alignementsgesetz, und dieses verweist in Art. 18 Ziff. 1 auf die Gemeindebauordnungen.

---

[3]) Erläuterungen zum Vorentwurf, S. 86, Leemann, Kommentar, Note 8 und 9 zu Art. 670. Fröhlicher, S. 20.

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Verwaltungsarchiv, Bd. V, 1897, S. 1 ff.

Arndt: Über die Haftung für Eingriffe der Reichs- und Staatsgewalt in Privatrechte; Festgabe für Güterbock, S. 149 ff., Berlin 1910.

Arndt: Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat. Berlin 1907.

Baltz: Preußisches Baupolizeirecht. Berlin 1905.

Barraud: De la constitutionnalité des limitations légales de la propriété et de l'interdiction de bâtir de l'article 14 de la loi du 12 mai 1898 sur la police des constructions. Diss. Lausanne 1909.

Bauhofer: Immissionen und Gewerberecht. Diss. Zürich 1916.

Baumgarten: Die Handels- und Gewerbefreiheit im schweiz. Staats- und Verwaltungsrecht. Diss. Basel 1925.

Berthélémy: Traité élémentaire de droit administrative. Paris 1916.

Biermann: Privatrecht und Polizei in Preußen. Berlin 1897.

Burckhardt W.: Kommentar zur Bundesverfassung. Bern 1914.

Burckhardt W.: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Basel 1927.

Elser: St. Gallisches Baupolizeirecht. 1915.

Fischer: Die Haftbarkeit des Staates und der Gemeinden für die Schädigung Privater durch legislatorische und administrative Erlasse. Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. I, S. 177 ff.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 6. und 7. Auflage 1922.

Fleiner: Einzelrecht und öffentliches Interesse. Festgabe für Paul Laband, Tübingen 1908.

Fröhlicher: Gemeinschaftliche Mauern nach schweiz. Recht mit bes. Berücksichtigung des züricherischen Ortgebrauchs. Diss. Zürich 1918.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895 und 1905.

Giesker-Zeller: Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz. Diss. Zürich 1910.

Haab: Das Objekt der Expropriation. Diss. Bern 1916.

His E.: Über das Problem der staatlichen Entschädigungspflicht bei Ausübung der öffentlich-rechtlichen Funktionen. Zeitschrift für schweiz. Recht, n. F., Bd. 42.

Hirzel: Die Aufsicht des Staates über die Gemeinden. Diss. Zürich 1923.

Hauriou: Précis de droit administrative. Paris 1919.

Huber E.: Die Eigentümerdienstbarkeit. Festgabe für Fitting. Bern 1902.

Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte. Tübingen 1919.

Jèze: Das Verwaltungsrecht der franz. Republik. Öffentl. Recht der Gegenwart. Bd. XXIII.

Im Hof: Können die kantonalen Baupolizeivorschriften auf die Eisenbahnbauten Anwendung finden. Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1905, No. 6 und 7.

Kaestli: Die schweizerische Gesetzgebung auf dem Gebiete des Wohnungswesens. Diss. Bern 1919.

Kistler: Baupolizei und Baupolizeirecht im Kanton Aargau. Diss. Bern 1926.

Kormann: Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts. Annalen des deutschen Reichs 1912.

Laferrière: Le droit de propriété et le pouvoir de police. Paris 1908.

Ludwig: Die Baubeschränkungen des Straßen- und Platzlandes. Diss. Stuttgart 1907.

Mayer Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. München 1917.

Mayer Otto: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht. Dresden 1904.

Maag: Das moderne Baurecht und der züricherische Quartierplan. Diss. Zürich 1911.

Meyer Georg: Der Staat und die erworbenen Rechte. Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen. Bd. I, Heft 2.

Meyer B.: Die rechtliche Natur der Zonenexpropriation. Diss. Zürich 1920.

Meyer G.: Das Recht der Expropriation. Leipzig, 1868.

Müller und Fehr: Das Baupolizeirecht in der Schweiz. Beiträge zur schweiz. Verwaltungskunde. Heft 14.

Nabholz: Das Institut der Bebauungspläne. Diss. Zürich 1923.

Neuhaus: Die Unverletzlichkeit des Eigentums. Diss. Berlin 1908.

Schacht: Die gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigentums nach dem im Kanton Bern geltenden Recht. Diss. Bern 1910.

Schweizer: Die modernen Baubeschränkungen. Diss. Bern 1896.

Sprecher v. Bernegg: Die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt. Diss. Bern 1921.

Stengel: Die Haftung des Staates für den durch seine Beamten und Organe Dritten zugefügten Schaden. Annalen des Deutschen Reichs 1901. S. 481 ff.

Streuli: Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet des Eisenbahnwesens. Diss. Leipzig 1907.

Rosin: Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Berlin 1895.

Ruck: Das Eigentum im schweizerischen Verwaltungsrecht. Festgabe der Universität Basel für P. Speiser, 1926.

Vogt: Rechtmäßige Eingriffe des Staates in subj. Privatrechte. Diss. Zürich 1909.

Vossen: Über das Grenzgebiet zwischen Enteignung und polizeilichem Eingriff in das Privateigentum. Archiv für öffentliches Recht, Bd. 22, 1907, S. 246 ff.

Wolff: Reichsverfassung und Eigentum. Festgabe für Kahl, Tübingen 1923.

Gmür: Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch.

Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts, amtliche Sammlung (B. G. E.). Entscheidungen des Reichsgerichts. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung. Monatsschrift für bern. Verwaltungsrecht und Notariatswesen. Zeitschrift des bern. Juristenvereins (Z.b.J.V.). Tagblatt des Großen Rates des Kantons Bern.